

# **TRANSICIONES LABORALES Y NUEVO MODELO PRODUCTIVO: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA INCIDENCIA DE LA REFORMA LABORAL DE 2010**

Fco. Javier Calvo Gallego

*Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

## **ÍNDICE**

- 1 CONTEXTUALIZACIÓN: EL CAMBIO Y SU IMPACTO SOBRE EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES Y EL TRADICIONAL MODELO SOCIAL EUROPEO
  - 1.1 El cambio acelerado como aspecto central del desarrollo económico, productivo social del nuevo siglo
  - 1.2 En especial, el cambio en los sistemas productivos y de empleo: cambio y sistema de relaciones laborales
- 2 LA TEORÍA DE LOS MERCADOS DE TRABAJOS TRANSICIONALES: ALGUNAS IDEAS
  - 2.1 Su contexto: las propuestas de actualización del Derecho del Trabajo; en especial, el Derecho de los trabajos y el contrato de actividad
  - 2.2 La teoría de los “mercados de trabajo transicionales”
- 3 REFORMA LABORAL Y TRANSICIONES LABORALES: DELIMITACIÓN DE LOS ASPECTOS ANALIZADOS
- 4 EL TRATAMIENTO DE LOS OPERADORES DEL MERCADO DE TRABAJO
  - 4.1 TLM y operadores del mercado de trabajo: algunas notas
  - 4.2 El contexto de la reforma: los déficits normativos y de gestión
  - 4.3 Los grandes ausentes de la reforma de 2010: los Servicios Públicos de Empleo
  - 4.4 Los operadores privados: la revitalización de las Agencias de Colocación
  - 4.5 La reforma de las ETT
  - 4.6 El papel del demandante de empleo: la intensificación del job-seeker
- 5 EL FOMENTO DE LAS TRANSICIONES HACIA EL EMPLEO Y LA REFORMULACIÓN DE LAS BONIFICACIONES PARA EL EMPLEO
  - 5.1 El contexto de la reforma
  - 5.2 El contenido de la reforma

## 1. CONTEXTUALIZACIÓN: EL CAMBIO Y SU IMPACTO SOBRE EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES Y EL TRADICIONAL MODELO SOCIAL EUROPEO<sup>1</sup>

### 1.1. El cambio acelerado como aspecto central del desarrollo económico, productivo social del nuevo siglo

Aunque el cambio es un elemento consustancial, tanto de nuestra naturaleza, como de la propia evolución de nuestra sociedad, parece evidente que éste, seguramente, nunca ha sido tan intenso, tan extenso y tan radical como en los últimos treinta años de nuestra breve historia económica y social. La revolución tecnológica y su rápida transmisión al sistema productivo, el acceso generalizado a las nuevas redes y sistemas de comunicación e información, la apertura y el abaratamiento de los medios de transporte, la progresiva liberalización y extensión de los sistemas de comunicación y, en último término, la mundialización financiera, económica y social han incrementado, no ya geométrica sino exponencialmente, la tasa de cambio de productos, sistemas y realidades sociales hasta convertirla en una de las características fundamentales de lo que se ha dado en llamar la "postmodernidad"<sup>2</sup>.

Del mismo modo que en 1436 la invención de los caracteres móviles permitió una expansión y difusión del conocimiento que transformó radicalmente nuestra sociedad y que abrió paso a la historia moderna, al permitir una difusión amplia, barata y rápida del conocimiento, parece necesario reconocer hoy —las nuevas generaciones de investigadores así pueden acreditarlo— que el imparable desarrollo de las nuevas tecnologías, el acceso casi universal y simultáneo a una información sin limitaciones ni cuellos de botella, la posibilidad de publicar, adquirir y tratar información al instante de todas las partes e investigadores del mundo —en una red instantánea y electrónica, frente a la anterior limitada y física— ha provocado —y seguramente seguirá provocando— un desarrollo de la innovación y del conocimiento prácticamente desconocido hasta la fecha y que, además, se trasladará rápidamente a un sistema productivo en permanente cambio e innovación<sup>3</sup>, haciendo

<sup>1</sup> Estas líneas fueron cerradas el 15 de noviembre de 2010. Por exigencias de publicación, se ha eliminado de esta versión una parte sustancial del texto original de la Ponencia.

<sup>2</sup> Por todos, L.E. Alonso, *La crisis de la ciudadanía laboral*, Anthropos, 2007, p. 79.

<sup>3</sup> Sobre estos caracteres de la actual revolución tecnológica en el que los usuarios no ya de una red, sino del entero plantea pueden apropiarse y reutilizar la tecnología dando lugar a una transmisión de la información que viaja a la velocidad de la luz y no a la del papel nuevamente M. Castell, *La sociedad red. La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol. I, Alianza Editorial, 2005, p. 62 y ss.

cada vez más pequeña, y encogiéndose hasta niveles ciertamente impensables hace pocos años, la aldea global de la que hablara visionariamente McLuhan<sup>4</sup>.

Por todo ello no parece especialmente descabellado sostener que durante estos últimos años estaríamos asistiendo a una revolución económica, productiva y social similar en ciertos términos a la que en su momento se dio en llamar la Revolución Industrial<sup>5</sup>. Si en aquel momento la máquina de vapor fue el paradigma o el catalizador en el paso de una economía agrícola y local a una —entonces nueva— economía industrial y estatal, de la que surgió el trabajo asalariado, el desarrollo de las TIC y su imparable incorporación y generalización al tejido productivo, sobre todo en el de servicios, unida a la desaparición de barreras para el comercio y para los factores de producción han conformado una economía globalizada y progresivamente asentada en una distribución global de la producción asignada mediante ventajas competitivas de cada país; una economía basada en la rápida respuesta a una demanda diversificada y cambiante, y en la que los países más desarrollados aspiran a competir en servicios de alto valor tecnológico. Una nueva realidad, en definitiva, en la que lo importante ya no es tanto el capital como el conocimiento y la tecnología y que implica un cambio sustancial de la realidad económica, productiva y social que, al igual que la revolución industrial, tendrá y habrá de tener repercusiones sobre las formas y las relaciones sociales de producción<sup>6</sup>.

### 1.2. En especial, el cambio en los sistemas productivos y de empleo: cambio y sistema de relaciones laborales

En este sentido, es obvio que el primero de estos cambios, y sin duda uno de los fundamentales a los efectos que aquí nos interesa, se ha producido en ámbito productivo. Se trata de un cambio que se ha intentado sintetizar en el tradicional y tantas veces mencionado cambio de un modelo fordista a otro postfordista de producción y ordenación de la producción —con sus referencias a la flexibilidad, al toyotismo, al Kanban, al kalmarismo, al fujitsuismo entre otros muchos "ismos"<sup>7</sup>—, con todo lo que ello supone de cambios tanto en el contexto, como en los sujetos y en la propia estructura y caracterización de la relación productiva.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, M. McLuhan, B.R. Powers, *La aldea global*, Gedisa, 1995.

<sup>5</sup> Por todos, M. Castells, *La era de la información*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 61 y ss. y 65 y ss.

<sup>6</sup> Sobre la llamada "era de la información" véase, más ampliamente, M. Castells, ult. op. cit. Sobre este tema ya reflexionamos brevemente en AAVV., *Nuevas Actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, (dir. M.C. Rodríguez Piñero Royo), MTAS, Madrid 2000.

<sup>7</sup> Sobre todas estas transformaciones en los modelos de producción A. Lipietz, "El posfordismo y sus espacios. Las relaciones capital trabajo en el mundo", Piette, Documento n. 4.



No es este, obviamente, ni el lugar ni el momento adecuado para analizar en profundidad las causas profundas, ni todas y cada una de las consecuencias de este proceso<sup>8</sup>. Pero sí nos interesa destacar al menos como en este paso de la rigidez a la flexibilidad, de la producción en masa a la producción vinculada a la demanda, de los productos normalizados a los diferenciados, del gran almacenaje al *just in time*, de la descualificación del asalariado a la cualificación del empleado, de la integración vertical a la descentralización de las decisiones, de una cultura funcional a otra de producto y necesidad del cliente, de la fábrica total a la fábrica difusa, de la homogeneidad a la diversidad y segmentación, del auge de lo colectivo frente a la reconstrucción de lo individual, y del consumo en masa frente al consumo individualizado, ha tenido, como decimos, un notable impacto no sólo en el propio paradigma de empresa, sino también en el del propio trabajador y, por consiguiente, sobre buena parte de los rasgos característicos de la relación laboral<sup>9</sup>.

De este modo, y gracias al impacto de las nuevas tecnologías y a la progresiva globalización, hemos pasado en poco menos de cincuenta años de un modelo de organización productiva —propio del siglo pasado— asentado en grandes estructuras monopolísticas, que intentaban abarcar todo el proceso de producción, desde la extracción de los medios o componentes a su colocación en el mercado —con fuertes integraciones verticales y horizontales<sup>10</sup>— a empresas en red y diseminadas, dispersas en lo jurídico pero coordinadas en lo económico, que actúan de forma difusa y descentralizada bajo una cada vez más alta mortalidad y tasa de sustitución. Frente al modelo de empresa que, por señalarlo gráficamente, estampaba su emblema en piedra como símbolo de estabilidad y perdurabilidad, y que asumía su permanencia en el tiempo como elemento de estabilidad y su finalidad principal, hemos pasado a empresas con un mínimo tamaño, con escasa aportación de capital inventariable y personal propio, que asumen con naturalidad su seguramente corta existencia, y cuyo principal valor se sitúa en ser el centro de conexión de un conjunto de organizaciones que actuarían con ella en red<sup>11</sup>.

Y algo similar acontece con el trabajador que, al menos en ciertos sectores, estaría “sufriendo” alteraciones en algunos de los rasgos sociológicos de su percepción típica e incluso modalizando algunos de sus rasgos jurídicos, en especial, el de la dependencia<sup>12</sup>. Las nuevas necesidades de sectores cada vez más amplios de nuestro tejido productivo —y no sólo por tanto, de las empresas de alta tecnología—

<sup>8</sup> Nuevamente, por todo, A. Lipietz, “El posfordismo y sus espacios...”, cit., p. 7 y ss.

<sup>9</sup> Por todos, L.E. Alonso, *La crisis de la ciudadanía...*, cit., p. 67 y ss.

<sup>10</sup> L.E. Alonso, *La crisis de la ciudadanía...*, p. 74.

<sup>11</sup> Vid. M. Castells, *La era de la información...*, cit., p. 201 y ss.

<sup>12</sup> Por todos, E. Revilla Esteve, *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, 2003, p. 269 y ss.

están exigiendo la aparición de un nuevo tipo de trabajador —con todo lo que ello supone de segmentación del interés colectivo— que se contrata no ya tanto por su mera capacidad física, ligada a la realización de tareas reiterativas o de mera repetición de las instrucciones empresariales, sino por su *know-how*, por sus conocimientos, o, incluso más, por su capacidad de adquirir estos y asumir encargos cada vez más complejos. Estas nuevas exigencias empresariales requieren —al menos en lo que se ha dado en llamar trabajadores “autoprogramables” frente a los “fungibles” “trabajadores genéricos”<sup>13</sup>— una formación constante, una mayor capacidad de adaptación del trabajador y la asunción por éste de mayores competencias y capacidades<sup>14</sup>, lo que potencia, a su vez, la aparición, más o menos intensa en función del tipo de actividad, de empresas más planas y menos jerárquicas, que tienden a fomentar el trabajo en grupos multifuncionales y con amplia autonomía como nuevas formas de organización del trabajo<sup>15</sup>; así como los fenómenos de descentralización, *downsizing* y, a la vez, progresiva concentración económica que caracteriza durante estos últimos años nuestro tejido productivo y la propia conceptualización jurídica del empleador<sup>16</sup>. Si a todos estos elementos le unimos la aparición de nuevos riesgos o, por mencionar un último aspecto, la relativa “empresarialización” de una parte de la fuerza laboral, lo que no sólo aumenta la progresiva segmentación de este grupo social, sino que también dificulta y limita la

<sup>13</sup> Sobre esta distinción, destacando y desarrollando la idea de Castells, véase especialmente J. Rivero Lamas, “El trabajo en la sociedad de la información”, en *Aranzadi Social*, 2001, núm. 16, p. 8 del original disponible en BIB 2001\1566, quien refleja no sólo la segmentación social que ello provoca, sino también la quiebra que supone para un estatuto profesional homogéneo.

<sup>14</sup> Por todos, *Incidencia de la Sociedad de la Información en el Mercado de Trabajo. Ocupaciones afectadas por las nuevas formas de trabajo*, MTAS, 2004, p. 27 y ss.

<sup>15</sup> Aunque el término “Nuevas formas de organización del trabajo” ha tenido y tiene un muy amplio número de acepciones, aquí se utiliza la perspectiva sistemática recogida en el Informe Final “New Forms of Work Organization: The Obstacles to Wider diffusion”, Octubre 2002, p. 20 y ss —disponible en [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/labour\\_law/docs/wo\\_obstacles\\_reportplusannexes\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/wo_obstacles_reportplusannexes_en.pdf)—, de acuerdo con el cual existirían al menos tres dimensiones. La primera, relativa a la forma en la que el trabajo es organizado, se apoyaría básicamente en torno al desarrollo de grupos de trabajo semiautónomos, con amplias responsabilidades sobre la forma de gestión y una diversificada cualificación profesional que le permitiría una regular rotación laboral. La segunda dimensión se centraría en la forma en la que el trabajo es coordinado dentro de la organización, en la que los procesos de decisión estarían descentralizados, descendiendo hasta el máximo nivel posible; en los que la información sería fluida y permanente y con amplia participación de los trabajadores. Finalmente, la tercera dimensión se centraría en las políticas de recursos humanos, con un fuerte inversión en formación y una parte importante de la retribución dependiera de los resultados. Más información sobre este tema en [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/labour\\_law/work\\_organisation\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/work_organisation_en.htm).

<sup>16</sup> Véase nuevamente J. Rivero Lamas, “El trabajo en la sociedad...”, cit., p. 5 del original (BIB 2001/1566). Sobre esta relación parece necesario remitirnos nuevamente al ya clásico trabajo de F. Pérez de los Cobos, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch Valencia, 1990., p. 17. Sobre los múltiples problemas jurídicos provocados por esta nueva forma de estructuración empresarial, véase, por todos, AAVV., *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresarios*, (coord. M.F. Fernández López), Trotta, Madrid, 2004.

capacidad tradicional del sindicato<sup>17</sup>, tendremos, en definitiva, un cuadro que tan sólo refleja parte del impacto de este cambio tecnológico y productivo sobre el sistema de relaciones laborales.

En cualquier caso, más allá de todas estas cuestiones, nos interesa resaltar otro de los aspectos habitualmente destacado en esta sede y que seguramente resulta fundamental para comprender el contexto en el que surge la denominada teoría de los mercados de trabajo transicionales: los cambios sobre la "biografía" o el ciclo vital típico del trabajador asalariado, resultado, en buena parte, de los cambios sufridos por el sistema económico y la propia organización productiva<sup>18</sup>.

Como de todos es sabido, en el esquema fordista de producción, propio de los "treinta años dorados" que siguieron a la finalización de la Segunda Guerra Mundial en el occidente europeo<sup>19</sup>, el esquema de este proceso –aplicable básicamente al varón fuente de renta para la entera familia (*male breadwinner*)– era relativamente simple, unidireccional y conectado básicamente con sus fases vitales. Estas fases se sucedían así sin solución de continuidad, comenzando por la de juventud en la que se concentraba toda o casi toda la fase formativa. Esta se daba por terminada cuando se ingresaba en la edad adulta, con la finalización de la formación, el comienzo de la actividad laboral y la creación, en su caso, de una nueva unidad familiar. Esta segunda fase adulta/laboral se articulaba normalmente mediante una relación salarial indefinida y a tiempo completo, dentro de un mercado interno, normalmente uniempresarial<sup>20</sup>, en el que se dotaba de una alta trascendencia a la antigüedad; una relación con escasas exigencias de adquisición de nuevos conocimientos y competencias por parte del trabajador –salvo si se extrañan de la práctica diaria–, y en la que las incorporaciones de novedades tecnológicas eran reducidas y pausadas. La movilidad de cualquier tipo era reducida y la cultura de gestión funcional. Finalmente el ciclo vital y profesional del varón terminaba con la vejez/jubilación, durante mucho tiempo considerada incluso como una incapacidad legalmente presumida, y que obviamente era una fase conclusiva hacia la extinción de la vida. La carrera profesional era así rígida y principalmente masculina, organizada y gestionada de forma piramidal y por categorías, y conectada con las fases vitales del varón de manera estandarizada y normalmente irreversible<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Nuevamente, J. Rivero Lamas, "El trabajo en la sociedad ...", cit., p. 10 y 11 del original (BIB 2001/1566).

<sup>18</sup> Sobre estos cambios, nuevamente, y de forma ciertamente profunda, L.E. Alonso *La crisis de la ciudadanía...*, cit., p. 69 y ss.

<sup>19</sup> Por todos, J. Gautiè, "Repensar la articulación entre mercado del trabajo y la protección social en el postfordismo", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2004, n. 22, p. 149.

<sup>20</sup> J. Gautiè, "Repensar la articulación entre mercado del trabajo...", cit., p. 152.

<sup>21</sup> Nuevamente por todos, L.E. Alonso *La crisis de la ciudadanía...*, cit., p. 69; AAVV. *Trabajo y empleo*, (coord. A. Supiot), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 63.

Pues bien, es esta estandarización y este carácter unidireccional e irreversible el que, entre otros factores, entran en crisis con las nuevas "exigencias" de producción del postfordismo, la implantación de las nuevas tecnologías y los cambios sociales sobre los que volveremos inmediatamente. En primer lugar, y por lo que se refiere a la estandarización, por la sustitución del paradigma típico de empleado por una diversidad de modelos provocados, no sólo por la integración de la mujer en el trabajo, sino también por la incorporación de nuevos modelos culturales y vitales de empleado. Esta diversidad hace que los modelos únicos, uniformados y estandarizados entren en crisis ante demandas singulares y específicas que reclama cada empleado individualmente considerado. Y además, la división familiar del trabajo y la familia como mecanismo de redistribución de rentas, típica de las sociedades fordistas, queda también desfasada trayendo a primer plano la necesidad de coordinar mejor las necesidades sociales, reproductivas, familiares y personales que hasta ahora habían quedado relegadas tradicionalmente a un trabajo no mercantilizado, interno a la familia, y básicamente femenino.

Pero seguramente el factor más llamativo, al menos a los efectos que aquí interesan, es el impacto de esta diversidad y del nuevo modelo postfordista sobre la proliferación y diversificación de las anteriores transiciones, que se disocian de su anterior conexión natural con el ciclo vital, multiplicándose y volviéndose bidireccionales.

En primer lugar porque los cambios tecnológicos y su rápida traslación a los sistemas productivos exigen una formación constante y a lo largo de toda la vida profesional que rompe definitivamente esa ecuación simple entre formación y juventud para trasladarla a lo largo de todo el ciclo vital, especialmente durante la madurez y la ocupación, generando nuevas necesidades y transiciones entre periodos de ocupación y formación prácticamente impensables bajo el anterior modelo. El paradigma de formación limitado a la juventud y a la extraída de la propia práctica profesional entra en crisis en un sistema en donde no sólo los productos, sino también los medios y procesos de producción sufren una obsolescencia acelerada que requiere no sólo una permanente puesta al día, sino incluso la potenciación de competencias transversales que permitan una empleabilidad entre sectores y profesiones cada vez más necesaria.

En segundo lugar, porque la alta tasa de mortalidad empresarial, las fluctuaciones más intensas de los mercados, así como los cambios en los productos generan que los tránsitos de la inactividad a la ocupación y de esta a aquella se vuelvan mucho más frecuentes, hasta casi naturales, del mismo modo que las exigencias de flexibilidad provocan una diversidad en las fórmulas de empleo cada vez menos "atípicos" –al menos en lo cuantitativo–, generando nuevas o más frecuentes transiciones entre distintas formas de empleo –temporal/indefinido; completo/a tiempo parcial– o entre el empleo asalariado y el autónomo, o entre diversos empleos en la misma o, sobre todo distintas empresas y sectores.

Si a todo ello unimos la necesidad de coordinar —en ocasiones a través de nuevas transiciones—, los tiempos de trabajo o actividad, con los tiempos dedicados a las necesidades sociales, familiares o personales de los individuos, considerados ahora como unidades no necesariamente ligadas a las estructuras familiares tradicionales, tendremos las razones de esta multiplicación de cambios que también se trasladan a un estatus de trabajador cada vez más discontinuo, complejo y diverso.

Y todo ello, claro está, sin olvidar en tercer lugar, que el envejecimiento activo, unido a las exigencias derivadas de la maduración de un sistema de protección social sometido a los rigores del envejecimiento, fomentan una nueva perspectiva de la jubilación, mucho más flexible, en la que ésta no es vista ni diseñada necesariamente como una salida definitiva o permanente de la actividad laboral, sino como una puerta de doble dirección y diversa ubicación en el devenir vital del ciudadano, y que permitiría retomar la actividad, ya sea de forma plena o parcial, o incluso compatibilizar ambas en una salida progresiva que ya no es de por sí definitiva y necesaria<sup>22</sup>.

En definitiva, frente a las “carreras” profesionales tradicionales internas, lineales y unidireccionales, se impondrían por la propia “vía de los hechos” productivos y sociales, carreras más complejas, bidireccionales y evolutivas como “cruce de aspiraciones” y necesidades “sucesivas de las personas” y “de las empresas”<sup>23</sup>. El cambio, o si se prefiere, las transiciones, se habrían vuelto así un elemento natural y consustancial, no puntual ni aislado, al mismo tiempo que se incrementaban las posibilidades y diversidad de los mismos. El trabajo para toda la vida, en una misma empresa con unas tareas similares, con promociones por el simple devenir del tiempo y escasa exigencia de recualificación, ciertamente no habría desaparecido. Pero sí habría quedado cada vez más limitado a sectores protegidos históricamente por su exclusión real del mercado o por motivaciones políticas como ocurre en el sector público. Para el resto, la nueva naturalidad del cambio significa adaptar a esta realidad instituciones tradicionales —por ejemplo, mediante la flexibilidad interna y la formación a lo largo de toda la vida— o gestionar desde esta nueva perspectiva las transiciones más traumáticas creando puentes o facilitando que las mismas sean incluyentes y no excluyentes<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Sobre estos temas permítasenos remitirnos a cuanto ya dijimos en *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Carl, Mergablum, 2002 y “La jubilación flexible”, en AAVV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, (coord. L. Lopez Cumbre), Iustel, Madrid, 2007, p. 1137 y ss.

<sup>23</sup> B. Gazier, “*Qué son los mercados transicionales*”, Ceil-Piott, Documentos para seminarios, n.14, p. 10.

<sup>24</sup> Nuevamente, AAVV. *Trabajo y empleo*, cit., p. 67.

## 2. LA TEORÍA DE LOS MERCADOS DE TRABAJOS TRANSICIONALES: ALGUNAS IDEAS

### 2.1. Su contexto: las propuestas de actualización del Derecho del Trabajo; en especial, el Derecho de los trabajos y el contrato de actividad

En el plano jurídico, es fácil entender que la progresiva incorporación de estas nuevas formas de empresa, de concepción de la prestación y, en definitiva, de gestión de la “fuerza de trabajo” plantearan ya desde un principio serios interrogantes frente a un modelo normativo que, en esencia, se había conformado en algunas de sus señas básicas de identidad bajo el más exquisito modelo de producción taylorista y/o fordista. Una vez constatado que nos encontrábamos ante una cuestión estructural, y no temporal, ante un modelo organizativo emergente y no de una emergencia, las llamadas a una “necesaria” flexibilidad laboral se convirtieron en repetidas y constantes. Y así, al igual que la diversificación del paradigma de trabajador y las nuevas necesidades personales obligaron al legislador a incorporar cuestiones relativamente novedosas ligadas a la conciliación de la vida laboral familiar, profesional y personal, estas nuevas necesidades organizativas de las empresas, convertidas en aparente dogma por “imperativo” de la competencia internacional y su exigencia de productividad y competitividad, plantearon la necesidad de buscar alternativas laborales y de protección social ante esta nueva realidad económica, productiva y social que, lejos de ser temporal, se detectaba, cada vez más, como estructural y compleja.

Enfrentados así a retos y realidades nuevas, postulados tradicionales de estas ramas del ordenamiento o de esta forma de configuración del Estado fueron objeto de reiteradas críticas en las que se apreciaba la aparente paradoja de que fueran las fuerzas históricamente consideradas “conservadoras” las que parecían sostener y postular la necesidad de cambios más radicales, mientras que las fuerzas tradicionalmente consideradas como “progresistas” parecían —y sólo parecían— entonces más inmovilistas, intentando conservar los esquemas de modelos productivos, laborales y políticos propios de los años dorados del siglo pasado —los “dorados treinta” de la sociología francesa—, y que, al menos en lo que se refiere a los aspectos laborales, parecen en retroceso en buena parte de los sectores productivos —aunque, obsérvese, no en todos—, fundamentalmente en los abiertos a la competencia internacional<sup>25</sup>.

Es este, en definitiva, el contexto en el que en distintos países europeos, y en muchas ocasiones, con el apoyo inicial o posterior de la Comisión Europea, sur-

<sup>25</sup> Para un amplio y revelador análisis de estas críticas, sus presupuestos y consecuencias, nuevamente, L.E. Alonso, *La crisis de la ciudadanía...*, cit., p. 29 y ss.

gieron propuestas que, en el fondo, planteaban la necesidad de cómo “actualizar” el Derecho del Trabajo a esta nueva realidad, como reaccionar frente a esta diversidad, y frente a este nuevo panorama “postfordista”.

De entre todas ellas, y al menos a los efectos que aquí nos interesa, destaca sin duda las propuestas del Grupo coordinado por el Pr. Supiot ya que los puntos de contacto con la teoría de los mercados transicionales son, al menos a mi juicio, evidentes. Y ello porque tras un análisis en el que se señala como el modelo fordista de estatuto de profesional estaría en vías de descomposición tanto por lo que se refiere a su continuidad (empleo para toda la vida), como por la relativización del criterio profesional y su diversificación o, en cuarto lugar por el fracaso sincrónico y diacrónico de la unicidad de empresario<sup>26</sup> se proponía, no ya tanto el mantenimiento del modelo de empleo tradicional, por el riesgo de segmentación, sino más bien, una redefinición del estatuto profesional que “debe redefinirse de forma que garantice la continuidad de una trayectoria antes que la estabilidad de los estados”. Se trataría –continuaba el mencionado informe– “de proteger al trabajador en las fases de transición entre empleos” prestándose especial atención a los derechos de reclasificación en caso de despido, a los cambios de estatuto profesional, al acoplamiento entre la formación y empleo, entre paro y formación, al acceso al primer empleo y a la evitación del paro de larga duración. Y ello porque “las interrupciones de la carrera y las reorientaciones de la actividad deben integrarse como condiciones normales de un estatuto profesional continuado que debería determinarse, no a partir del concepto restrictivo de empleo, sino del concepto ampliado de los trabajos”.

En cualquier caso, y más allá de su conocida apuesta por un Derecho de los trabajos basado en el reconocimiento mediante nuevos derechos sociales de una protección progresiva a las nuevas y distintas realidades laborales –una idea que no dejó de tener su impacto en la doctrina española<sup>27</sup>–, nos interesa destacar la mención a los derechos de giro, cambio u opción como instrumento “apto para recuperar la exigencia de una seguridad activa ante la incertidumbre”<sup>28</sup>, que se articularía así como un estatus preferible –aunque evidentemente conectado– a la experiencia de los contratos de actividad presentada en el Informe Boissonnat<sup>29</sup> que no ha dejado de tener seguidores en España<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Nuevamente AAVV. *Trabajo y empleo*, cit., p. 307.

<sup>27</sup> Por mencionar un ejemplo, J.P. Landa Zapirain, “Constitución y futuro del modelo español del derecho del Trabajo del próximo siglo”, en *Lan Harremanak*, 2000-I, p. 155 y ss.

<sup>28</sup> Nuevamente AAVV. *Trabajo y empleo*, cit., p. 309.

<sup>29</sup> <http://hussonet.free.fr/trav20-.pdf>.

<sup>30</sup> Por ejemplo, L.E. Alonso, *La crisis de la ciudadanía...*, cit., p. 92 proponiendo la instauración de contratos de pluriactividad que firmados entre un trabajador y una colectividad se organizarían para un periodo plurianual –cinco años mínimo– con el objeto de construir para el interesado un recorrido profesional que alterne periodos de formación, trabajo en empresa, actividad independiente y asociativa, permisos por razones familiares o personales, con garantía de ingresos, cobertura social y mantenimiento del status a cambio de una respuesta flexible y competente por parte del individuo.

## 2.2. La teoría de los “mercados de trabajo transicionales”

En definitiva, es en este contexto en el que se plantea uno de los marcos analíticos y normativos del mercado de trabajo más interesantes y con mayor impacto surgido durante estos últimos años<sup>31</sup>; esto es, el concepto, de mercados transicionales tal como fue elaborado a mediados de los años noventa por un grupo de investigadores entre los que sin duda destacaba Günther Schmid y sus trabajos en el Centro de Investigación de Ciencias Sociales de Berlín.

Ciertamente resulta difícil concentrar en tan pocas páginas esta compleja y seguramente aún no unificada teoría<sup>32</sup> que ha tenido un extraordinario impacto posterior tanto en el ámbito académico<sup>33</sup>, como en el propiamente político, especialmente a nivel europeo. Pero intentando sistematizar brevemente sus aspectos principales podríamos decir, en primer lugar, que la teoría de los TLM, aún presentando unos rasgos comunes que la identifican y se mantienen a lo largo del tiempo –y sobre los que volveremos rápidamente– presenta también, al menos a nuestro juicio, una cierta evolución en sus objetivos o en la perspectiva adoptada.

Así, en sus primeros escritos, la teoría de los mercados transicionales aparecía –y en parte, aún aparece– como una propuesta de posibles instrumentos destinados a conseguir un nuevo modelo de pleno empleo, mucho más cercano a la actual realidad social, heterogénea e igualitaria, mediante instrumentos complejos en su contenido y temporalmente amplios, ligados a una reducción variable del quantum de trabajo asalariado<sup>34</sup>, y a una ampliación de la duración de la vida activa, conectando estos nuevos “mercados” –que actuarían como *buffers* en época de desempleo– con las nuevas necesidades derivadas de los cambios sociales y familiares<sup>35</sup>. En cambio, diez años después, el epicentro de la cuestión parecía ha-

<sup>31</sup> Constatando esta realidad L. Toharia. “Prólogo” a AAVV., *Los mercados de trabajo transicionales*, MTAS, Serie Empleo, n. 29, p. 11.

<sup>32</sup> Como reconoce el propio G. Schmid, “Beyond Flexicurity: Active securities for flexible employment relationships”, borrador de su intervención en el Congreso sobre “*Alternatives to Flexicurity - New Concepts and Approaches*,” organizado por Etui, Aias/Hsi, Ucm, y Transoc, en Madrid, 6 y 7 de mayo de 2010 y disponible en [http://www.guenthereschmid.eu/pdf/vortraege/Madrid\\_Schmid\\_TLM-2.pdf](http://www.guenthereschmid.eu/pdf/vortraege/Madrid_Schmid_TLM-2.pdf), p. 2.

<sup>33</sup> Recuérdese los diversos trabajos desarrollados en el seno de los proyectos TRANSLAM y TLMNET financiados por la Unión Europea, varios de los cuales se desarrollaron en España y algunos de los cuales han sido recogidos en AAVV, *Los mercados de trabajo transicionales*, MTAS, 2006. En el plano laboral véase por todos M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer “Las transiciones en el mercado de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 13 (LA LEY 8393/2010).

<sup>34</sup> Ampliamente sobre la necesidad de no pontificar sobre su originaria propuesta de 30 horas semanales G. Schmid, “Towards a theory of transitional labour markets”, en AAVV., *The dynamics of full employment*, Edward Elgar, 2002, p. 175-177.

<sup>35</sup> G. Schmid, “Transitional Labour Markets: a new European Employment Strategy”, Discussion Paper FS I 98-2006, 1998, p.4 y ss; ID. “Towards a theory...”, cit. p. 175 y ss.



berse ido desplazando, aunque no completamente, del pleno empleo a los mecanismos de gestión de los nuevos riesgos y a su uso como instrumento de integración social. Desde esta perspectiva, y al menos a mi juicio, el interés principal pasaría del pleno empleo a la gestión ordenada y segura de las diversas y múltiples fases o transiciones por las que ahora puede y normalmente deambularan los ciudadanos, intentado establecer mecanismos de “seguro de empleo” para lograr “buenas” y no “malas transiciones”, que permitan la deseable permanencia o reintegración a la actividad y no la caída en el desempleo o, sobre todo, en la inactividad<sup>36</sup>. Y todo ello sin olvidar como en sus más recientes aportaciones, la teoría de los TLM y, en especial, su concepto de seguridad activa –entendida como los derechos sociales garantizados legalmente a participar en decisiones sobre trabajo y empleo y para compartir equitativamente tanto sus frutos como sus riesgos– se pondría incluso como una precondition esencial para alcanzar un adecuado equilibrio entre la flexibilidad y seguridad en el marco de las actuales políticas de flexiguridad avaladas por la Comisión Europea<sup>37</sup>.

En definitiva, de nuevo modelo de pleno empleo, mediante la búsqueda de nuevos espacios y conceptos de trabajo y de una más amplia perspectiva temporal y material de la vida activa, la teoría de los TLM habría ido centrándose cada vez más en ofrecer fórmulas de seguridad en un mercado laboral cada vez más impredecible<sup>38</sup>, analizando cada una de las diversas transiciones mediante la búsqueda y divulgación de buenas prácticas y evitando con ello la exclusión social. El paso de un seguro de desempleo a un seguro de empleo a lo largo de toda la vida es una buena muestra de ello<sup>39</sup>, del mismo modo que el conocido lema “*make transition pay*” reflejaría un progresivo interés de analizar y abordar cada tipo de transición, sus condicionantes y sus instrumentos de mejora, sin renunciar, eso sí, a una visión general de esta nueva forma de estar en el mercado de trabajo<sup>40</sup>. Y todo ello sin ol-

<sup>36</sup> Véase en este sentido G. Schmid, “Social Risk management through transitional labour markets”, *Socio-Economic Review*, 2006, 4, p. 1 y ss.

<sup>37</sup> G. Schmid, “Beyond Flexicurity: Active securities...”, cit., p. 2.

<sup>38</sup> G. Schmid, “Towards a theory...”, cit., p. 183 –“new institutional arrangements are required to regulate discontinuous employment trajectories”– y 184.

<sup>39</sup> Sobre la posible estructura de este seguro de empleo G. Schmid, K. Schömann, “La gestión de los riesgos sociales por medio de los mercados de trabajo transicionales: hacia un modelo social europeo”, en AAVV., *Los mercados de trabajo transicionales. Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, (compilador L. Toharia), MTAS, Serie Empleo, n. 29, 2006, p. 78 y ss.

<sup>40</sup> Este cambio de perspectiva puede analizarse en G. Schmid, K. Schömann, “La gestión de los riesgos sociales por medio...”, cit., p. 70-71 para el que los TLM pueden definirse como mecanismos institucionales destinados a “evitar que las transiciones impuestas por el sistema o exigidas o deseadas por la nueva realidad social se conviertan en puertas de entrada a la marginalidad mediante instrumentos que mejoren la empleabilidad y la flexibilidad tanto de los parados (transiciones integradoras) como de los ocupados (de mantenimiento de la posición) por medio de un conjunto diferenciado de opciones de movilidad, derechos y seguros de renta no sólo para los parados sino también en el caso de las variaciones de ingresos relacionadas con las transiciones arriesgadas”.

vidar otras paulatinas evoluciones, como su progresiva atención –al menos a nuestro juicio– a las transiciones internas o “de mantenimiento de la posición” –esto es, dentro de la propia relación laboral<sup>41</sup>– frente a la atención bastante mayor en unas primeras fases por las transiciones críticas o “integradoras” entre distintos tipos de relación con la ocupación y la actividad.

En cualquier caso, y como decimos, la teoría de los TLM parte de una serie de premisas e ideas básicas que es necesario destacar. La primera, y sin duda, una de sus ideas fuerza, la incorporación junto a otros “megaconceptos” como los de globalización, internacionalización y tecnología de la información, con su consiguiente impacto sobre el incremento de transiciones y la crisis de la relación laboral estándar<sup>42</sup>, de un concepto básico para SCHMID como es el de “individualización”. En pocas palabras, se trataría de destacar un proceso de la evolución social que se caracterizaría por la aparición de un colectivo cada vez más importante de intereses individuales, tanto de hombres como de mujeres, que buscarían su puesta en práctica y su reconocimiento individuales en los distintos ámbitos de la vida social<sup>43</sup>. Esta individualización se manifestaría en múltiples aspectos sociales –nuevas formas de familia, nuevas necesidades personales, emancipación de los jóvenes...– pero de ellos seguramente son dos los que mayor efecto tienen sobre la construcción de este autor.

El primero es el impacto cuantitativo y cualitativo de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Seguramente es este proceso, el más importante del siglo XX, el que justificaría para SCHMID que el modelo tradicional de pleno empleo típico del siglo XX, asentado sobre el trabajo a tiempo completo e indefinido del *male breadwinner* y la asunción del trabajo doméstico y familiar sólo por la mujer, fuera no sólo imposible, sino incluso indeseable<sup>44</sup>. Y ello no sólo por la multiplicación de la oferta de trabajo –o demanda de empleo desde la perspectiva laboral y no económica–, sino también por la necesidad de articular una nueva forma de distribución de estos deberes familiares, y de reparto de recursos<sup>45</sup>, coordinándolos con la vida laboral, lo que, por cierto, lo aproxima a las teorías del feminismo

<sup>41</sup> A nuestro juicio esta distinción puede comprobarse confrontando la perspectiva de 2002 en la que artistas y periodistas, con contratos básicamente temporales o autónomos, eran vistos como posible heraldos o precursores del nuevo paradigma de relación laboral –G. Schmid, “Towards a theory...”, cit., p. 170– y los más recientes escritos en los que presta una mayor atención a las transiciones dentro una estable relación laboral –G. Schmid, “Beyond Flexicurity...”, cit., p. 6–.

<sup>42</sup> Véase G. Schmid, “Towards a theory...”, cit., p. 152 y ss.

<sup>43</sup> G. Schmid, “Transitional Labour Markets: a new European Employment Strategy”, Discussion Paper FS I 98-2006, 1998, p. 2 y ss.

<sup>44</sup> G. Schmid, “Transitional labour markets...”, cit., p. 4; ID., “Towards a theory...”, cit., p. 174-175.

<sup>45</sup> En general, sobre el impacto de estos cambios sociales en las esfera de los repartos económico, social y doméstico, resaltando como el cuestionamiento no sólo del fordismo, sino también de la célula familiar tradicional, J. Gautiè, “Repensar la articulación entre mercado del trabajo...”, cit., p. 150 y ss.

de la diferencia y la corresponsabilidad como piedra angular de las mismas. Además, las referencias casi bucólicas a las actividades no asalariadas como una parte cada vez más importantes de estas necesidades vitales de cada vez más individuos, lo conectan, al menos a nuestro juicio, con otros autores como Rifkin y su fin del trabajo, u otros autores como Offe y Gorz que han planteado la crisis de la "sociedad del trabajo" y han reclamado no sólo una reducción del tiempo vitalicio del trabajo sino también otorgar una mayor importancia a otras facetas humana y sociales, potenciando el tercer sector, el voluntariado, y los trabajos tradicionalmente no productivos pero que, desde esta lógica, servirían y sirven como instrumentos de mejora de la calidad de vida, de mejor desarrollo personal, y de progreso social, manteniendo la empleabilidad<sup>46</sup>.

En definitiva, partiendo de que el mercado de trabajo no sería ciertamente un mercado de productos, sino una institución social cuya capacidad de ajuste a los nuevos riesgos mediante la flexibilidad salarial sería limitada<sup>47</sup>, SCHMID asume una visión mucho más positiva de las posibles interrupciones en la vida laboral en este nuevo contexto social, pero siempre que supongan una inversión para el futuro o un nuevo puente hacía nuevas actividades laborales<sup>48</sup>. De ahí que para "hacer que las transiciones compensen" postule instituciones que de una u otra forma asuman una organización del trabajo que permita a los individuos compaginar salarios con otras fuentes de ingresos como transferencias públicas; derechos sociales que permitan elegir entre diferentes situaciones con respecto al empleo en función de los cambios de preferencia o circunstancias vitales; disposiciones que apoyen el uso de fondos de seguro, especialmente el preventivo para financiar medidas que aumenten la empleabilidad; redes sociales locales que faciliten estas transiciones<sup>49</sup> y, finalmente, servicios públicos y privados de empleo que se centren en la atención no sólo de los parados, sino también de los ocupados que deseen o necesiten realizar transiciones arriesgadas a lo largo de su vida<sup>50</sup>.

El segundo de estos efectos de la individualización sería así el "redescubrimiento" del individuo, no sólo en cuanto a sus intereses, sino también en cuanto a su responsabilidad. El individuo que reclama su identidad y sus propios intereses debe tener poder para organizar sus aspectos vitales, al igual que debe tener una participación activa en la respuesta a los retos que se le planteen. Pero por ello mismo, debe también ampliar su esfera de responsabilidad, no debiendo considerársele más como un sujeto capidismínuido, incluso psicológicamente, como sucedía en las pri-

<sup>46</sup> Cfr. G. Schmid, "Towards a theory...", cit., p. 175 y ss.

<sup>47</sup> Lo que los conecta con las teorías institucionalistas. Véase G. Schmid, "Transitional labour markets...", cit., p. 6.

<sup>48</sup> G. Schmid, "Transitional labour markets...", cit., p. 6-7.

<sup>49</sup> G. Schmid, "Transitional labour markets...", cit., p. 9.

<sup>50</sup> G. Schmid, K. Schömann, "La gestión de los riesgos sociales por medio...", cit., p. 71.

meras etapas de la revolución industrial. De hecho, entre los rasgos que suelen destacarse para la existencia de un "buen" mercado de trabajo transicional resalta la atribución de poder al individuo para que este haga frente a los eventos críticos vitales (empoderamiento/*empowerment*), generando, en segundo lugar, un nuevo equilibrio entre las regulación centralizada y la autoorganización mediante la delegación de más poder de decisión al individuo y a las agencias locales (coordinación flexible), centrando el gasto en transiciones que permitan mantener o incrementar la empleabilidad individual (*sustainable employment and income*) mediante, eso sí, redes locales y estructuras públicas y privadas (*co-operation*) en otro de los rasgos típicos de esta construcción: la conexión entre lo individual y lo colectivo, lo público y lo privado en redes de cooperación<sup>51</sup>.

En cualquier caso, este redescubrimiento del individuo, de sus intereses y de su responsabilidad, está a su vez lógicamente enlazado con la asunción como premisa expresa de esta construcción de una teoría de la justicia que, rechazando claramente las corrientes utilitaristas de la igualdad de bienestar, asume una postura mucho más cercana a la igualdad de recursos de Dworkin, frente a la teoría del maximin propia de Rawls<sup>52</sup>. Y ello porque como recuerda el propio SCHMID el principio de la diferencia de Rawls<sup>53</sup> sería éticamente insensible en la medida en la que no tendría en cuenta o no destacaría suficientemente la relevancia de las acciones del individuo, partiendo siempre de una igualdad de recursos que presupone una garantía mínima de estos<sup>54</sup>. Esta teoría tendría así el evidente mérito de volver a reconocer la importancia de la persona y de sus decisiones, olvidando las construcciones en las que el individuo era un mero agente pasivo, al mismo tiempo que se destaca –y este es otro aspecto recurrente de esta teoría– la necesidad de un apoyo constante de todos los actores económicos, administrativos y sociales para lograr que, como se postula, "las transiciones valgan la pena"<sup>55</sup>. Y ello es importante, por la conexión tanto con las políticas contractualizadoras de las prestaciones

<sup>51</sup> G. Schmid, "Transitional labour markets...", cit., p. 10. Véase igualmente ID. "Towards a theory...", cit., p. 186.

<sup>52</sup> Sobre el pensamiento en este punto de Dworkin véase, por todos en este punto G. Pereira, *Medios, capacidades y justicia distributiva: la igualdad de recursos de Ronald Dworkin*, UNAM, México, 2004.

<sup>53</sup> Como se recordará, para Rawls en su *Teoría de la justicia* FCE, 2006, postula una "Justicia como equidad", de la cual deriva sus dos célebres principios de justicia: el principio de la libertad – cada persona debe tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales compatible con un esquema similar de libertades para otros – y el principio de la diferencia que a su vez se desglosa en dos ideas esenciales: las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo tal que: 1. resulten en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de la diferencia); y los cargos y puestos deben de estar abiertos para todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades (justa igualdad de oportunidades).

<sup>54</sup> G. Schmid, K. Schömann, "La gestión de los riesgos sociales por medio...", cit., p. 64 y ss.

<sup>55</sup> Por mencionar un ejemplo, G. Schmid, "Towards a theory...", cit., p. 187.

y de la gestión de las políticas activas de empleo, como para el papel que deben jugar en ella los servicios de empleo, como, finalmente, con la distribución o gestión financiera de estas mismas políticas transicionales que igualmente tienden a proponer estos autores.

El tercero de los rasgos que podría destacarse de esta teoría es su fuerte carácter interdisciplinar y holístico. Y ello en la medida en la que utilizando y apoyándose, obviamente, en elementos económicos y econométricos, utiliza igualmente elementos no sólo normativos, sino también sociológicos y, sobre todo, psicológicos que la convierten en una teoría compleja que utiliza indistintamente casi todas las ramas ligadas a las ciencias del trabajo. La utilización de los aspectos psicológicos ligados a la percepción asimétrica de los riesgos<sup>56</sup> o a las transiciones vitales críticas<sup>57</sup> como instrumento de construcción de marcos normativos para las transiciones laborales —mediante instrumentos que den seguridad y que faciliten su uso<sup>58</sup>— o su especial atención a los cambios sociológicos dentro, pero también —o incluso sobre todo— fuera de la empresa, apoyan esta percepción de teoría holística y global que seguramente la hace atípica dentro de las construcciones más “puras” o clásicas de la teoría económica.

Y finalmente, y en cuarto lugar, también sería destacable su interés por convertirse en la base de un nuevo modelo social europeo que, rechazando la simple desregulación, y asumiendo el aparentemente inevitable declive del “viejo” prototipo de relación laboral interna e inflexible, permitiría o trataría de conservar los rasgos básicos y esenciales del modelo social europeo ante un nuevo paradigma de relación de empleo en el mercado de trabajo en red, con sus flexibles entradas y salidas dependiendo de las oportunidades y la experiencia profesional, y sus discontinuos y flexibles senderos de acumulación de experiencia laboral<sup>59</sup>. Parafraseando al conocido autor italiano podríamos decir que el modelo que se propugna —y que en ocasiones se identifica con mercados ciertamente peculiares como el de los artistas— está pensado para cambiarlo todo y que todo, o al menos lo esencial, permanezca igual. O si se prefiere, pero sin las connotaciones negativas que en muchas ocasiones se le ha dado, que “si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”.

Desde esta perspectiva, los TLM actuarían, como hemos dicho, como concepto analítico y como modelo normativo<sup>60</sup>. Desde la primera vertiente se enfatizarían el

<sup>56</sup> G. Schmid, “Social risk management through transitional labour markets”, en *Socio-Economic Review*, 2006, n. 4, p. 5 y ss.

<sup>57</sup> Véase G. Schmid, “Transitional Labour Markets...”, cit., p. 7 y ss.

<sup>58</sup> Cfr. G. Schmid, “Towards a theory...”, cit., p. 186.

<sup>59</sup> La expresión literal de B. Gazier, G. Schmid, “The dynamics...”, cit., p. 6.

<sup>60</sup> Esta doble perspectiva en B. Gazier, G. Schmid, *The dynamics of full employment*, 2002, p. Xii.; G. Schmid, K. Schömann, “La gestión de los riesgos sociales por medio...”, cit., p. 70.

dinamismo de los mercados de trabajo, centrado su atención en los flujos más que en los meros stocks, e incluso se diría que en la agregación de transiciones individuales, con el fin de encontrar y explicar modelos o patrones en las múltiples transiciones que soportan cada vez más durante su ciclo vital los individuos o grupos en diferentes sociedades. Los estudios sobre las carreras profesionales de grupos agregados de individuos concretos —en muchas ocasiones gracias a sus concretas carreras de cotización— o el impacto sobre los mismos de ciertas medidas o actuaciones, ya sean de políticas activas, de instrumentos formativos o de operadores en el mercado, se convierten así en una herramienta que intenta encontrar las razones o instrumentos que justificarían buenas o malas transiciones para desarrollar así un benchmarking europeo que permita desarrollar tránsitos fluidos o círculos virtuosos, y de evitar, por el contrario, malas transiciones o círculos viciosos que lleven a la inactividad, al desempleo y a la exclusión social<sup>61</sup>.

Pero además, como concepto normativo, los TLM buscan nuevos tipos de acuerdos institucionales destinados a evitar o prevenir que estas transiciones pueden convertirse en puertas a la exclusión social y transformarlas, en cambio, en puentes para una más extensa variedad de oportunidades para los empleados (transiciones de mantenimiento) o para los desempleados o inactivos (transiciones de integración). Desde una lógica interdisciplinar se postulan mecanismos, instituciones y reglas que permitan un mercado dinámico en el que el cambio, incluso los más importantes o dramáticos desde un punto de vista vital, sean abordados, no ya como un riesgo, sino también como una oportunidad para el individuo y la sociedad<sup>62</sup>. Para los defensores de los TLM “las instituciones de política del mercado de trabajo deberían ser diseñadas de tal forma que creasen incentivos para las transiciones entre las varias formas de trabajo productivo, para hacer así posible combinaciones de varias formas de trabajo y para proporcionar protección social para los consiguientes riesgos. Mientras más opciones de transición estén institucionalizadas, más oportunidades de empleo podrían ser creadas, con la significativa contribución a una reducción del desempleo”<sup>63</sup>.

De este modo, y en palabras de GAZIER, los TLM constituirían “la gestión sistemática y negociada de las secuencias de la carrera profesional, tanto las que tienen lugar en el mercado de trabajo como dentro de la empresa” o, en otras palabras, “el ordenamiento sistemático y negociado del conjunto de las posiciones de actividad en sentido amplio tradicionalmente consideradas como márgenes de empleo... (que) tienen como rasgo común asociar actividades consideradas socialmente útiles con una garantía de remuneración”<sup>64</sup>... y construir pasarelas hacia otras

<sup>61</sup> G. Schmid, K. Schömann, “La gestión de los riesgos sociales por medio...”, cit., p. 70.

<sup>62</sup> G. Schmid, K. Schömann, “La gestión de los riesgos sociales por medio...”, cit., p. 70.

<sup>63</sup> G. Schmid, “Towards a theory...”, cit., p. 188-189.

<sup>64</sup> Desarrollando medidas que garantizarían la capacidad de ingresos y empleabilidad entre formación, educación y empleo, la seguridad de renta en las transiciones entre empleo, la ayuda económica



posiciones en el mercado de de trabajo". Se trataría entonces, "mediante su desarrollo, de renovar las bases de la seguridad económicas de los trabajadores, asalariados o no, y de su familia, apoyándose en las exigencias y oportunidades de su movilidad en sentido amplio"<sup>65</sup>.

Desde esta perspectiva, los propios autores reconocen que los TLM podrían ser analizados desde cuatro perspectivas. Desde el punto de vista organizativo, serían una combinación de trabajos retribuidos y otras actividades útiles socialmente que tradicionalmente no han sido valoradas por el mercado. Desde el punto de vista de ingresos (*income*), serían una combinación de salarios, pagos de prestaciones redistributivas (*transfer payment*) y otras fuentes de ingresos. Desde un punto de vista de política social, serían una serie de derechos legales, colectivos o contractuales para optar por transiciones en el empleo (los tradicionales derechos de giro). Y, finalmente, desde un punto de vista fiscal, los TLM financiarían el empleo u otras actividades útiles en vez del simple desempleo<sup>66</sup>. En definitiva, mediante los TLM se trataría de instaurar y defender sendas profesionales que "permitan la combinación de actividades remuneradas y no remuneradas (incluida, sobre todo, la educación y la formación), faciliten la reintegración o la movilidad de doble sentido y la jubilación gradual" estableciendo "mecanismos institucionales que apoyen mutuamente la flexibilidad y la seguridad"<sup>67</sup>.

Pues bien, es en este contexto desde el que los propulsores de la TLM analizarán las denominadas transiciones críticas y los operadores e instrumentos que actúan en las mismas. Y en general, la mayor parte de autores y estudios suelen distinguir cinco grandes transiciones dentro de un esquema general como el señalado en la Ilustración 1<sup>68</sup>:

en las fases de inactividad salarial por obligaciones familiares, el mantenimiento de los ingresos durante las transiciones entre empleo y paro y la sustitución de ingresos en el caso de incapacidad o jubilación —vid. G. Schmid, K. Schömann, "La gestión de los riesgos sociales por medio...", cit., p. 72-73.

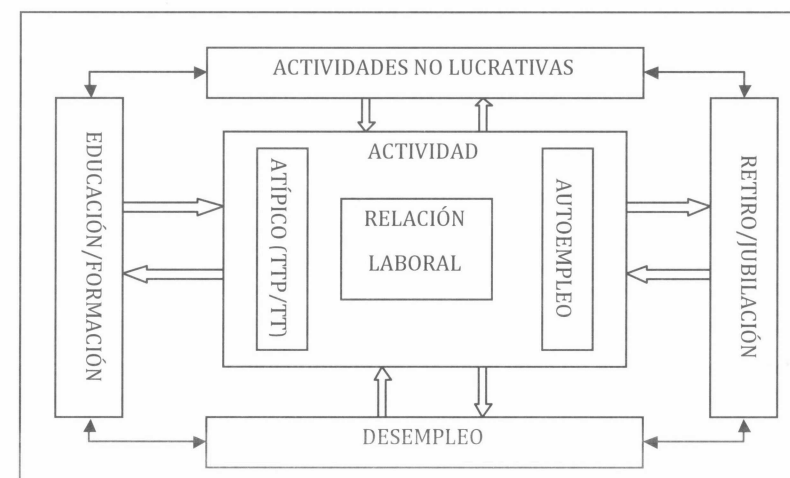
<sup>65</sup> G. Gazier, "Qué son los mercados transicionales" Ceil-Piette, Documento para seminarios n. 14.

<sup>66</sup> G. Schmid, "Transitional Labour Market...", cit., p. 9.

<sup>67</sup> G. Schmid, K. Schömann, "La gestión de los riesgos sociales por medio...", cit., p. 71.

<sup>68</sup> Por todos sus demás escritos, véase G. Schmid, "Towards a theory...", cit., p. 187 y ss.

**Ilustración 1: Tipología de las transiciones críticas/nuevos riesgos existentes en el mercado de trabajo para los TLM**



Fuente: SCHMID (1998) y SCHMID, K. SCHÖMANN (2000)

- La transición desde la formación reglada al mundo de la ocupación y viceversa.
- Las transiciones entre las diversas formas de empleo, que incluiría las transiciones entre el empleo atípico y el "común" y entre el empleo autónomo y el asalariado
- Las transiciones entre la ocupación y el desempleo
- Las transiciones entre actividades productivas no retribuidas y la ocupación
- Las transiciones entre la ocupación y el retiro/jubilación o invalidez.

Excede, obviamente, de la extensión y finalidades de este documento analizar todas y cada una de las medidas y análisis que en relación con cada una de estas transiciones, aportan los teóricos de los TLM<sup>69</sup>. Por ello nos limitaremos a señalar que, en general, para los defensores de esta teoría un buen mercado de trabajo transicional requeriría, en primer lugar, una organización del trabajo amigable frente a las transiciones y que permita a los individuos una movilidad entre las distintas situaciones ante las que puede enfrentarse en función de sus circunstancias personales, profesionales o de simple formación. En segundo lugar, una serie de derechos sociales y el uso especialmente preventivo de prestaciones que permita elegir entre

<sup>69</sup> Un rápido elenco de las mismas en G. Schmid, K. Schömann, "La gestión de los riesgos sociales por medio...", cit., p. 73 y ss.

las diferentes situaciones con respecto al empleo en función de las cambiantes circunstancias personales. En tercer lugar, estructuras públicas y privadas que permitan a los individuos ser capaces de gestionar una carrera profesional que inevitablemente puede ser discontinua o que combine distintos tipos de actividades productivas; esto es que capacitaran y dieran confianza ante eventos críticos (*Empowerment*). Además, este tipo de mercados exigiría una coordinación flexible que dé más poder al individuo frente a la fijación de reglas estandarizadas (contractualización/itinerarios/compromiso de actividad), del mismo modo que reclamaría redes y estructuras de cooperación públicas y privadas, en especial Servicios públicos y privados de empleo que ayuden y cooperen con el individuo en la gestión de este riesgo. Por último, también serían necesarios mecanismos que incentiven la empleabilidad, la formación a lo largo de toda la vida, y una seguridad dinámica en el sistema.

Con todo, de lo que no cabe duda es del notabilísimo impacto que muchas de estas propuestas han tenido en diversos países<sup>70</sup> —entre los que destaca, evidentemente, Alemania<sup>71</sup>— o incluso sobre documentos ciertamente trascendentes para la evolución de la Estrategia Europea para el Empleo como el conocido Primer Informe Kok, *Jobs, Jobs, Jobs*<sup>72</sup>. Y todo ello sin olvidar la progresiva recepción, no sólo académica, sino también legislativa, de algunas de sus propuestas y, sobre todo, de algunas de las buenas prácticas por ellos destacadas. Una perspectiva esta que nos permite, finalmente, abordar desde esta óptica algunos de los aspectos de la reciente reforma laboral.

### 3. REFORMA LABORAL Y TRANSICIONES LABORALES: DELIMITACIÓN DE LOS ASPECTOS ANALIZADOS

Pues bien, desde esta perspectiva, es obvio que la mayor parte del cambio normativo culminado por ahora con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre puede e incluso debe ser leído e interpretada desde esta óptica de tratamiento virtuoso de las transiciones laborales. De la misma manera que, por cierto, también pueden serlo otras normas recientes como la Ley 32/2010 de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autó-

<sup>70</sup> Un rápido recordatorio de las mismas puede encontrarse en B. Guillaume, "The Flexibility-Security Nexus in transitional labour markets: an empirical analysis", MRA paper n. 23167, 2006.

<sup>71</sup> No debe olvidarse que el tantas veces mencionado G. Schmid fue miembro de la Comisión Hartz cuyo impacto sobre el Derecho del empleo alemán es de todos conocido.

<sup>72</sup> Recuérdese igualmente la presencia de G. Schmid en el grupo de alto nivel liderado por Win Kok, y, por tanto, coautor del primer documento *Jobs, Jobs, Jobs*, cuya influencia sobre las posteriores directrices para el empleo —y en determinados aspectos de nuestras políticas de empleo— es por todos conocido.

nomos—como norma específica de seguridad que fomenta la utilización de este tipo de trabajo y las posibles transiciones— o, sobre todo, diversas normas sectoriales destinadas a facilitar los procesos de reestructuración sectorial que, al amparo de la Disposición Adicional septuagésima quinta de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006<sup>73</sup>, y la disposición adicional sexagésima quinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008<sup>74</sup> incorporan una amplia batería de medidas sociolaborales, en algunas ocasiones, ciertamente novedosas<sup>75</sup>. Es más, se-

<sup>73</sup> Que, como es bien sabido, autorizó al Gobierno para adoptar medidas de apoyo a la modernización y mejora de la competitividad de los sectores textil y de la confección, del calzado y del mueble para dar cobertura social a los trabajadores que resulten excedentes estructurales de estos sectores, en materia de recolocación, fomento del empleo, formación profesional, desempleo, Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y Seguridad Social.

<sup>74</sup> Medidas de apoyo a la modernización y mejora de la competitividad del sector juguete. Esta norma autorizó al Gobierno para adoptar medidas de apoyo a la modernización y mejora de la competitividad del sector juguete para dar cobertura social a los trabajadores que resulten excedentes estructurales en el mismo, en materia de recolocación, fomento del empleo, formación profesional, desempleo, Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y Seguridad Social.

<sup>75</sup> Cronológicamente, la primera de ellas sería el Real Decreto 100/2009, de 6 de febrero, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería a los cambios estructurales en el comercio mundial —BOE 24 de febrero de 2009, n. 47. La Orden TIN/3084/2009, de 13 de noviembre (BOE 18 noviembre 2009) desarrolla la DA 7 Real Decreto 100/2009—. La segunda el Real Decreto 1678/2009, de 13 de noviembre, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector del juguete a los cambios estructurales en el comercio mundial —BOE 30 noviembre 2009, n. 288—. Y, finalmente la tercera sería el RD 1679/2009, de 13 de noviembre, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector del mueble a los cambios estructurales en el comercio mundial —BOE 30 noviembre 2009, n. 228—. A ellas debe sumarse, además, la prórroga para el 2009 de las medidas sociolaborales contempladas en los artículos 3 y 4 de la Orden TAS/3243/2006, de 19 de octubre para el sector textil y la confección —Orden TIN/429/2009, de 24 de febrero, BOE 27 febrero 2009—. Sin poder detenernos en la complicada elaboración y el amplio contenido de cada una de ellas, nos limitaremos aquí a señalar que las bonificaciones contempladas tienen por objeto establecer medidas de apoyo en materia de formación, establecer incentivos específicos a las empresas para mantener a trabajadores de 55 o más años, y establecer incentivos adicionales para favorecer la recolocación de sus excedentes. Entre las medidas más novedosas llama la atención no ya tanto las subvenciones económicas durante el proceso de búsqueda de empleo —que son las tradicionales que se establecen para todos los trabajadores, con un refuerzo en la cuantía de las ayudas— sino, por un lado, las subvenciones a la movilidad geográfica, que tienen como fin estimular a los trabajadores a que acepten contratos fuera de su localidad de residencia habitual —mediante un doble incentivo: una ayuda en los gastos que implique el cambio de residencia y, lo que es más novedoso, un complemento temporal vinculado a la aceptación de un empleo con condiciones salariales inferiores—, y, por el otro las subvenciones para facilitar la inserción laboral de trabajadores mayores de 52 años, que tienen como objetivo reintegrar a este colectivo con problemas de empleabilidad añadidos por razón de edad, impulsándoles a que acepten trabajos con un salario inferior al que venían disfrutando por un periodo suficiente que permita que se arraigue en el sector y consiga experiencia suficiente. Finalmente también deben destacarse las subvenciones especiales para los trabajadores de 55 o más años, que se encuentran en situación de especial necesidad una vez agotadas las prestaciones de desempleo y las subvenciones a los trabajadores que pretenden es-

guramente estas últimas, con medidas llamativas como el complemento del salario cuando el puesto de destino posee una inferior retribución, de clara impronta suiza, ya destacadas por los teóricos de los TLM, encajan aún más dentro de este modelo en la medida en la que se trata de fomentar y facilitar transiciones mediante el apoderamiento individual y el establecimiento institucional de puentes que fomenten una movilidad más voluntaria y consciente.

Sea como fuere, lo cierto es que resulta imposible intentar siquiera esbozar en el escaso espacio del que se dispone en esta publicación todas y cada una de las cuestiones que desde esta perspectiva transicional plantea una reforma que, por profundidad e intensidad, es sin duda parangonable a la de 1994. De ahí que, en esta versión escrita, vaya a centrar mi atención en el análisis de algunos de los aspectos de esta reforma que, sin haber sido abordados en otras ponencias, pueden tener una mayor conexión con la creación de estos puentes o pasarelas entre las distintas situaciones de actividad. En especial, centraré las próximas páginas en la reforma del papel o de los ámbitos de actuación de los operadores en este mercado—un elemento esencial en todas las construcciones ciertamente institucionalistas de los TLM—, así como la nueva regulación de las bonificaciones, mientras que, de acuerdo con las instrucciones del coordinador, pospondré a posteriores publicaciones otros aspectos fundamentales de la reforma como podrían ser, por señalar algunos, el tratamiento de la siempre compleja transición del mundo de la formación inicial al mercado de trabajo o la posible adaptación a nuestro sistema del modelo austriaco de despido.

#### 4. EL TRATAMIENTO DE LOS OPERADORES DEL MERCADO DE TRABAJO<sup>76</sup>

##### 4.1. TLM y operadores del mercado de trabajo: algunas notas

Ya hemos señalado anteriormente la importancia que, desde la óptica de los TLM se presta, tanto a los Servicios Públicos de Empleo (SPE en adelante), como al resto de operadores que actúan en el mercado.

---

tablecerse como trabajadores por cuenta propia, o en empresas de economía social, incrementando los porcentajes de ayuda respecto de la normativa general. Finalmente, también se contemplan subvenciones para la puesta en práctica de programas experimentales de empleo específicos, conforme a lo establecido en la Orden TAS/2643/2003, de 18 de septiembre—BOE de 27 septiembre 2003, n. 232—, si bien con una regulación más flexible.

<sup>76</sup> Algunos de los apartados de este punto 4 de la Ponencia son necesariamente deudores de varios trabajos previos realizados por el autor en colaboración con el Pr. Dr. M.C. Rodríguez Piñero Royo y publicados en las revistas Temas Laborales y Relaciones Laborales.

Estos SPE y el conjunto de dichas entidades constituirían así los elementos institucionales esenciales para facilitar las transiciones entre las distintas situaciones que puedan plantearse en relación con el empleo y la ocupación. En la lógica de los TLM la mayor trascendencia del individuo no olvidaría ni relegaría la importancia de un aparato institucional, público y privado, que permita al individuo gestionar activa y conscientemente unas posibilidades que deben ser proporcionadas por instituciones que salven las dificultades que presenta sin duda este mercado. De instituciones que, en definitiva, proporcionan información, servicios, prestaciones y otros elementos básicos que permitan afrontar los nuevos riesgos sociales derivados de las transiciones internas y externas, convirtiéndolas en integrativas o de mantenimiento y no en negativas y excluyentes; de servicios de acompañamiento en sus itinerarios personalizados, que hagan accesible el empleo mediante orientación, asesoramiento y mejora de las competencias y las capacidades profesionales. Y ello como presupuesto ineludible para la igualdad de recursos que, como hemos visto, supone la piedra angular de la teoría de la justicia de la que parte y justifica esta construcción<sup>77</sup>.

Es más, la importancia de estos sujetos se volvería incluso más intensa en la medida en la que las transiciones, modificaciones o cambios, externos o internos a la relación salarial se multiplicarían en un mercado cada vez más extenso y complejo<sup>78</sup>. Y además, en la medida en la que se trataría no sólo de crear puentes entre la actividad asalariada y otras situaciones previas de formación u otras formas de actividad socialmente relevantes, sino también entre actividades asalariadas y autónomas, y entre estas y aquellas en un contexto en el que, además, estas transiciones se desarrollarían a lo largo de toda la vida, sin una secuencia lineal rígida, conectadas, como anteriormente, al ciclo vital y en el que la formación permanente y la actualización de competencias y cualificaciones parece una pieza esencial en las modernas políticas de empleo.

Además, desde una perspectiva activa y preventiva, la teoría de los TLM presupone normalmente un comportamiento proactivo y previo de estos elementos institucionales, que no se centre exclusivamente en las personas desempleadas<sup>79</sup>, sino que anticipe la actuación de estos servicios mediante una actuación, rápida y personalizada, mediante una información completa—*better information also enables better transitions*<sup>80</sup>—y otros servicios personalizados como recursos—igualdad de recursos—destinados a que la libertad del individuo sea más plena y completa.

---

<sup>77</sup> G. Schmid, K. Scömann, “La gestión de los riesgos sociales...”, cit., p. 71.

<sup>78</sup> En este mismo sentido, M. Rojo Torrecillas, “Servicios Públicos de Empleo. Una mejora inaplazable para afrontar el presente y el futuro”, en *Relaciones Laborales*, 2010, n.14.

<sup>79</sup> M. Rojo Torrecillas, “Servicios Públicos...”, cit., p. 4 del original impreso.

<sup>80</sup> Por todos, AAVV., *The role of the Public Employment Services related to 'Flexicurity' in the European Labour Market*, Final Report, March, 2009, p. 7.

Más allá de estas finalidades esenciales, que son lo nuclear, las opciones en estos estudios económicos suelen centrarse no ya tanto en establecer de manera previa un modelo ideal, sino en analizar las principales orientaciones –benchmarking–, evaluar su eficiencia y/o éxito y, todo lo más, proponer ciertas alternativas que giran, normalmente, en aspectos nucleares de este debate casi permanente, sobre todo en relación con los servicios públicos de empleo, como son, en esencia: la necesidad de que estos últimos cooperen con otros actores, obviamente privados, ya que normalmente se considera que la complejidad del mercado hace escasamente factible el mantenimiento de una visión exclusivamente pública de la gestión de este servicio. Desde esta perspectiva se llega incluso a analizar la subcontratación de ciertas actividades, fundamentalmente de alta especialización; la incorporación tanto de nuevas tecnologías –eso sí, destacando su carácter no excluyente con las prácticas tradicionales y los riesgos de exclusión derivados de la brecha digital– o, sobre todo, la necesidad de una gestión más moderna, cercana a las formas de Management más exitosas en el sector privado y que, en definitiva, son las que parecen imponerse como consecuencia de las importantes y exitosas reformas en este punto del Servicio Público Alemán como consecuencia de las recomendaciones de la Comisión Hartz<sup>81</sup>.

En definitiva, un modelo desburocratizado, personalizado y eficiente<sup>82</sup> que conectaría en gran parte con las propuestas de modernización postuladas por la Comisión Europea<sup>83</sup> y con las menciones sobre los mismos en las sucesivas directrices para el empleo<sup>84</sup>; un modelo, en definitiva, en el que se instaría, por ejemplo, a promover y desarrollar buenas relaciones con los empresarios y transformar progresivamente los SPE en auténticas empresas de servicios mediante la modernización de la gama de servicios, la creación de oficinas específicas por empresa y por sector, la mejora de la imagen pública y, sobre todo, la utilización de las tecnologías de la información; la puesta en marcha de una gestión sistemática e individualizada de cada desempleado con un diagnóstico y seguimiento de sus necesidades, estableciendo una estrecha coordinación entre la orientación, la intermediación, la información y las prestaciones o transferencias económicas. Y todo ello, como ya hemos señalado, explotando la sinergia entre los SPE y los demás agentes afectados mediante la creación de redes con las autoridades regionales y locales, los interlocutores sociales y otros agentes o entidades privadas.

<sup>81</sup> Más ampliamente J. de Koning, H. Mosley, “How can active policies be made more effective”, en AAVV., *The Dynamics...*, cit., p. 377-387.

<sup>82</sup> Sobre estos rasgos M. Rojo Torrecillas, “Servicios Públicos...”, cit., p. 8 del original impreso.

<sup>83</sup> Comunicación de la Comisión de 13 de noviembre de 1998: Modernización de los Servicios Públicos de Empleo para apoyar la Estrategia Europea de Empleo [COM (98) 641 final].

<sup>84</sup> Véase, sobre estas referencias, J.L. Lázaro Sánchez, “Las escasas novedades en materia de empleo”, cit., p. 282.

#### 4.2. El contexto de la reforma: los déficits normativos y de gestión

En este contexto, el tratamiento por la reforma de 2010 de los operadores en sentido amplio del mercado de trabajo era seguramente una necesidad. Y ello no sólo porque el debate sobre el papel que deben desarrollar los distintos agentes y operadores que actúan –o pretenden actuar– en el mercado de trabajo constituía y constituye una polémica casi tan vieja como el propio Derecho laboral<sup>85</sup>, sino también, y sobre todo, porque en este campo nos encontrábamos seguramente con un sistema que presentaba enormes carencias tanto desde un plano normativo como desde una perspectiva de mera o simple eficacia económica y, sobre todo, social.

Por lo que se refiere a lo primero, es evidente que el esquema normativo previo se había caracterizado, en primer lugar, por la falta de un modelo claro, sistemático y completo que lo articulara unitariamente y desde un principio como un sistema. La situación previa a la reforma de 2010 no era sino el resultado de un proceso de sucesivas reformas que se prolongó durante más de diez años, desde 1993 a 2003 sin, al menos a nuestro juicio, un plan o estructura general, previo y coherente<sup>86</sup>. De hecho, no deja de sorprender que lo que debería haber sido el elemento central de la misma, la Ley de Empleo, aparece cronológicamente casi como el último elemento, y como un mero reconocimiento o constatación de una realidad previamente desarrollada. Nos encontrábamos, por tanto, ante un esquema generado casi como reacción, impuesto ya sea desde una perspectiva autonómica o europea –en los procesos de apertura y descentralización– pero al que le faltaba una regulación global, unitaria y coherente que seguramente la Ley de Empleo de 2003 no supo darle.

Además, un segundo aspecto básico era la obsolescencia de algunas normas y principios básicos en este modelo. No debe olvidarse que justo en medio de este proceso surge una norma básica en este campo como es el Convenio 181 OIT, que alteraba radicalmente la lógica con la que hasta aquel momento la OIT –y con ella España, desde la ya lejana Ley de Colocación Obrera franquista– abordaba la actuación de los operadores privados en este campo. Frente a una actitud de recelo, centrada en la vieja prohibición de lucro, el Convenio 181 OIT parte, en primer lugar, de una visión mucho más positiva de estos agentes como dinamizadores del sistema. Y, en segundo lugar, de una lógica mucho más moderna como es la prohibición de cobro

<sup>85</sup> No en vano esta cuestión fue objeto de atención desde su primera sesión por la OIT. Baste recordar la aprobación en 1919, del Convenio n. 2 de la OIT que abordaba en su art. 2 este mismo tema y que obligaba a “todo Miembro que ratifique el presente Convenio” a “establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación, bajo el control de una autoridad central...2. Cuando coexistan agencias gratuitas, públicas y privadas, deberán tomarse medidas para coordinar las operaciones de unas y otras, con arreglo a un plan nacional”.

<sup>86</sup> Esta situación, por ejemplo, en relación con el proceso de descentralización territorial ya fue puesta de manifiesto por el CES en su Dictamen sobre la Ley de Empleo, En un sentido similar F. Pérez de los Cobos “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5.



al trabajador o demandante de empleo que, permitiendo un mayor control del posible abuso sobre este sujeto, no mermaba su hipotético ánimo de lucro y, por tanto, el incentivo a su utilización<sup>87</sup>. Si a todo ello unimos la nueva perspectiva que, sobre todo en Europa, va desarrollándose en torno a las ETT como elemento nuevamente dinamizador del mercado, una vez que se haya garantizado la igualdad en las condiciones básicas de los empleados en misión con los asalariados de las empresas usuarias –unas ideas estas plasmadas en la Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal–, tendremos, en definitiva las razones por las que la normativa española necesitaba en este punto de una urgente y profunda reforma que le sacara de aquella situación de anquilosamiento y que intentara dibujar con una cierta lógica el papel, tanto de los servicios públicos de empleo, como de los dos grandes sujetos privados que hubieran debido actuar en este mercado y que de hecho actuaban pero de forma desequilibrada hacia uno sólo de estos polos: las agencias de colocación y las ETT<sup>88</sup>.

Y tampoco parece que la eficacia fuera una de las características de este modelo. De hecho, durante estos últimos treinta años las críticas a la eficacia del sistema existente y la discusión sobre las líneas que debía seguir su evolución han sido una constante en el debate científico, pero también político español<sup>89</sup>. En este sentido, y dejando a un lado la evaluación microeconómica de las distintas políticas activas, sobre las que volveremos algo más tarde<sup>90</sup>, nos limitaremos a destacar como recientes estudios<sup>91</sup> han reiterado una realidad conocida ya desde hace años<sup>92</sup>; esto es, que nuestro sistema de intermediación presentaba y presenta, en

<sup>87</sup> Por todos, S. del Rey Guanter, J.L. Lázaro Sánchez, “La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías”, *Relaciones Laborales*, 2000, n. 11.

<sup>88</sup> Sobre la inadecuación frente al marco normativo internacional y comunitario de la anterior regulación española véase, nuevamente, F. Pérez de los Cobos “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5.

<sup>89</sup> Por mencionar un ejemplo F. Pérez de los Cobos “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5.

<sup>90</sup> Véase OCDE, *La evaluación de programas de empleo y de medidas sociales, Estado actual de una cuestión compleja*, MTIN, 1992. Extraordinariamente interesante es el estudio del Área de Empleo y Relaciones Laborales de la Fundación 1º de mayo *Jóvenes, empleo y formación en España*, (coord. F. Rocha) que dedica una parte del mismo a una evaluación específica de las distintas políticas de empleo, eso sí, con mayor atención a las que afectan a jóvenes. Véase igualmente CES, *Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo*, CES, 2005.

<sup>91</sup> Para un análisis más detenido, pero cerrado en el año 2005, puede verse J.A. Alujas Ruiz, “El servicio público de empleo y la intermediación laboral”, disponible en [http://www.congresos.ulpgc.es/aet\\_aede/Descargas/Sesion1Sala1/Alujas.pdf](http://www.congresos.ulpgc.es/aet_aede/Descargas/Sesion1Sala1/Alujas.pdf).

<sup>92</sup> En este mismo sentido señalaba J.A. ALUJAS, “El servicio público de empleo y su labor como intermediario en el mercado de trabajo en España”, en *Cuadernos de CCEE y E.E.*, 2007, n. 53, p. 27 y ss que “las magnitudes de la tasa de registro y de la cuota de mercado señalan la escasa incidencia en el ámbito de la colocación que ha tenido y sigue teniendo el Servicio Público de Empleo de nuestro país”.

primer lugar, unos bajos valores de la denominada tasa de registro o de utilización –esto es, la ratio entre altas de puestos de trabajo ofrecidos para gestión<sup>93</sup> (que en esencia reflejan el uso que de los mismos realizan los empresarios) y el número de colocaciones totales<sup>94</sup>– y de la tasa de penetración o cuota de mercado –o ratio entre las colocaciones gestionadas<sup>95</sup> y el número total de colocaciones–.

De hecho, la tasa de registro habría pasado del 19,4 en el año 2000 para el conjunto del Estado a un 4,0 para el año 2008, mientras que la tasa de penetración habría caído igualmente desde el 17,1 del año 2000 al 2,6 en el año 2008, si bien debe tenerse en cuenta las adaptaciones y cambios metodológicos sufridos durante tales años<sup>96</sup>. Estos datos –y otros similares de años anteriores<sup>97</sup>– parecen indicar una escasa incidencia del SPE español en el ámbito de la intermediación, que, aunque con notables variaciones en función de la Comunidad Autónoma de que se trate<sup>98</sup>,

<sup>93</sup> Esto es, “el número total de puestos ofrecidos para la intermediación laboral y para que los servicios públicos de empleo gestionen su cobertura con los demandantes más idóneos” de acuerdo con el documento del Servicio estatal de Empleo disponible en [https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/contenidos/estadisticas/datos\\_estadisticos/empleo/datos/2010/julio\\_2010/intro.pdf](https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/contenidos/estadisticas/datos_estadisticos/empleo/datos/2010/julio_2010/intro.pdf).

<sup>94</sup> De acuerdo con el documento anterior “Las colocaciones son los puestos de trabajo cubiertos por un trabajador, y se asignan a la provincia en que está situado el centro de trabajo. La información se obtiene del registro de la comunicación o del contrato presentado por el empresario o por información directa del trabajador”.

<sup>95</sup> Como recuerdan los autores del mencionado estudio “en el nuevo sistema (SISPE) el concepto de colocaciones gestionadas no aparece como tal. En su lugar las colocaciones aparecen divididas según sean de demandas activas o no (denominadas otras colocaciones). A su vez, cada una de ellas aparece desagregada en función de la existencia o no de una oferta previa por parte del SPE (“con oferta previa”; “sin oferta previa”). Hemos considerado que la definición más exacta de las colocaciones gestionadas, como variable aproximativa del concepto originario de Walwei (filled vacancy), es la de colocaciones con oferta previa, ya sean éstas procedentes de demandas activas o no”.

<sup>96</sup> Para un estudio detenido de tales variables véase nuestro Informe, dirigido por el Pr. Dr. M.C. Rodríguez-Piñero Royo, sobre *Colocación y Servicios de Empleo*, de próxima publicación en la colección del CES. Esta parte del Informe fue realizada por los profesores J.L. Martín Navarro y A. Rodríguez-Ramos Velasco a los que evidentemente se sigue en estas líneas de la ponencia.

<sup>97</sup> Para otros estudios similares en relación con estas mismas ratios véase J.A. Alujas Ruiz, “La eficacia del Servicio Público de Empleo en España. Análisis de la intermediación laboral a nivel autonómico”, en *Tribuna de Economía ICE*, 2008, n. 841, p. 167 y ss.

<sup>98</sup> Así y siguiendo siempre el trabajo de los Pr. J.L. Martín Navarro y A. Rodríguez-Ramos Velasco previamente citados podrías señalar que esta conclusión de carácter general debe matizarse en función del año y de la Comunidad Autónoma en cuestión. Así, los primeros años del período analizado (2000-2008) son los que registran tasas más elevadas. En el año 2000 la tasa de registro oscila entre un máximo del 32,2% en Cataluña y un mínimo del 5% en Galicia. Por su parte la cuota de mercado, para este año se sitúa entre el 29% en Extremadura y el 4,6% en Galicia, con unos datos igualmente altos en Cataluña y Aragón. Y todo ello sin olvidar que, a partir de 2005 se registra, con carácter generalizado, un descenso en estos dos indicadores, si bien en este resultado influye, sin duda y como ya hemos señalado, el cambio metodológico producido en los indicadores estadísticos. Y así, en el año 2008, con las excepciones de Ceuta (18,8%), Melilla (11%) y, sobre todo, Extremadura (13,8%) la tasa de registro no

reflejan seguramente el escaso atractivo que para nuestros empleadores tienen estos servicios, especialmente ineficientes para colectivos especialmente necesitados como, por ejemplo, los mayores de 45 años<sup>99</sup>.

Por ello resulta aún más llamativo que por lo que se refiere a la tasa de éxito – esto es, la ratio entre las colocaciones gestionadas y las altas de puestos de trabajo ofrecidos para gestión–, los valores obtenidos son ciertamente importantes, especialmente en los primeros años del período en los que no influía el tantas veces mencionado cambio metodológico. De hecho, esta tasa se situaría en el 64,0 a nivel nacional para el año 2008, llegando incluso al 87 en alguna Comunidad Autónoma. Ello indicaría un buen ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo conseguido por el SPE, si bien también mostraría un notable descenso en los últimos años –en el año 2000 esta tasa se situaba en el 88,1 y en el año 2004 en el 90,2– que, no obstante, debe ser analizado con cautela ante las dificultades de comparar datos organizados bajo distintas metodologías.

En definitiva, de lo que no cabe duda es de que los datos estadísticos parecía reflejar una escasa penetración reflejo, quizás, de una mala imagen sobre todo entre los empresarios, que contrasta con el alto éxito en la gestión de los puestos de trabajo ofrecidos para su gestión, especialmente alta en el año 2006, y que, llamativamente cae en los años 2007 y 2008.

En cualquier caso, lo que estos datos sí indicaban era algo normalmente percibido por todos los operadores del sistema: la sensación de una notable insatisfacción con la gestión de la intermediación en España, que en buena parte también se extendía a la gestión de las políticas activas. Y de hecho, las llamadas a una necesaria reforma del Servicio Público de Empleo se fueron sucediendo, casi como una constante, en las sucesivas reformas laborales o en los tradicionales Planes Nacionales para el Empleo y en los posteriores Planes Nacionales de Reformas<sup>100</sup>. Y tampoco esta cuestión estuvo ausente del diálogo social. Por mencionar tan sólo un ejemplo, baste recordar como el Acuerdo de Mejora del Crecimiento y del Empleo (AMCE) firmado por el Gobierno y los interlocutores sociales en 2006 –y origen de la posterior Ley 43/2006– dedicaba un punto exclusivamente a los “Servicios Públicos de Empleo, intermediación en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo”. En él se planteaban, entre otras cuestiones, la necesaria modernización de estos servicios públicos”. Y para ello se

supera el 6,5%, situándose a nivel nacional en el 4%. Por su parte, este mismo año, la tasa de penetración oscila entre el 11,9% nuevamente de Extremadura y el 0,8% en este caso de Cataluña. La media nacional se sitúa en el 2,6%; esto es, de 100 colocaciones realizadas, tan sólo tres de ellas (aproximadamente) se han llevado a cabo como consecuencia de la labor del SPE.

<sup>99</sup> Nuevamente, y por todos, F. Pérez de los Cobos “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5.

<sup>100</sup> Por todos, M.B. Cardona Rubert, “Las agencias de colocación en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en AAVV, *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, (dir. I. García Perrote, J.R. Mercader Uguina) Lex Nova, 2010, p. 255.

preveía una “Plan Global de modernización” que incluiría “necesariamente la mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas y un Plan Estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura organizativa y la situación laboral y retributiva de su personal”. El objetivo estratégico de dicho Plan debía “ser mejorar la atención a los usuarios y la calidad de los servicios, garantizando la coordinación entre políticas activas y protección por desempleo y elevando la tasa de intermediación en el mercado laboral de los Servicios Públicos de Empleo”. Y a tal efecto, se preveía la incorporación de “medidas específicas tales como el establecimiento de un Portal de Empleo que incremente la captación de ofertas de trabajo y asegure la difusión de las mismas, así como programas de incentivación de la búsqueda de empleo por parte de los propios desempleados.”<sup>101</sup>

En cualquier caso, y a pesar del cumplimiento de algunos de estos objetivos, como la creación del portal redtrabaja<sup>102</sup>, la potenciación de la orientación profesional mediante sistemas como el “orienta 2”, o la agilización en la gestión de prestaciones<sup>103</sup>, lo que sí parece claro era que a comienzos del 2010 era patente, de un lado, la sensación de notables deficiencias en nuestro sistema de intermediación, y de otra, la convicción bastante extendida, sobre todo entre las organizaciones empresariales de la necesidad de eliminar algunas de sus carencias sobre todo en lo relativo al papel de los sujetos privados.

Por ello, no debe sorprendernos que estas cuestiones, ligadas al marco jurídico de la intermediación, fueran uno de los núcleos del amplio proceso de diálogo entre los interlocutores social y el propio gobierno<sup>104</sup>, cuyo fracaso provocó la aparición, primero, del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, y posteriormente de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre –procedente de la tramitación del primero

<sup>101</sup> Véase A. de la Puebla Pinilla, R. Pérez Yañez, “El acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006”, en *Relaciones Laborales*, 2006, n. 12.

<sup>102</sup> <https://www.redtrabaja.es/es/redtrabaja/portal/homeInicio.do>. Como se ha recordado de esta manera también se daba cumplimiento a la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Sobre el éxito de este portal, la Memoria del CES 2009 señalaba expresamente como (p. 338) “hasta abril de 2010 se habían recibido más de 8 millones de visitas; más del 50 por 100 de las ofertas del punto de encuentro se han cubierto con usuarios de la web, y se han reconocido por esta vía un 24 por 100 de las prestaciones por desempleo”.

<sup>103</sup> Un elenco más amplio de estos logros en M. Rojo Torrecilla, “Servicios Públicos de Empleo...”, cit., p. 6 y ss del original impreso.

<sup>104</sup> El primer documento específico del Gobierno en esta materia se hizo público el 5 de febrero de 2010 –disponible en <http://www.la-moncloa.es/ActualidadHome/2009-2/050210EnlaceDocumento->, si bien la Ley 27/2009 de 30 de diciembre ya incluía paradójicamente una auténtico programa de reformas, sobre todo en sus significativas Disposiciones Adicionales. El segundo documento del Gobierno, fruto ya de un proceso de negociación, se hace público el 12 de abril -accesible en <http://departamento.us.es/dtss/Documentos2010/Propuestadelgobierno12abril.pdf>-. Finalmente, el último documento, en la fase ya terminal del proceso, se hace público el 8 de junio de 2010.

como proyecto de ley por la vía de urgencia<sup>105</sup>. Del mismo modo que tampoco debe sorprendernos que en ambos textos se señalara como uno de los déficits o “debilidades” de nuestro sistema –con independencia de su impacto real o no en la excesiva “reactividad” de nuestro mercado– la “insuficiente capacidad de colocación de los servicios públicos de empleo”. De ahí que, en definitiva, tanto el Real Decreto Ley como la posterior Ley dedicasen su Capítulo IV a incorporar finalmente medidas dirigidas a la mejora de los mecanismos de intermediación laboral –entre las que se incluye ya materialmente a las ETT– “para fomentar las oportunidades de acceder a un empleo por parte de las personas desempleadas”.

Una última observación para concluir esta contextualización. Aunque es evidente que la entera reforma del mercado de trabajo se produce y acelera como consecuencia de la crisis de empleo, no parecen, en especial en este punto, que las mismas estén dotadas de una fecha de caducidad ligada a la hipotética y futura mejora del entorno económico<sup>106</sup>. A diferencia de lo que fue constante durante los dos años anteriores, nos encontramos ante normas de vigencia ilimitada y que, sobre todo en este punto, parecen destinadas a permanecer definitivamente en nuestro ordenamiento, incluso podríamos decir como finalización de un periodo transitorio terminando así –seguramente por el momento– un proceso o viaje que comenzó entre nosotros con la reforma de 1994.

#### 4.3. Los grandes ausentes de la reforma de 2010: los Servicios Públicos de Empleo

En este contexto, el tratamiento que, en primer lugar, hace la reforma del 2010 de los SPE y, en concreto, de su labor de intermediación es, por decirlo de alguna manera, escaso y básicamente programático, sobre todo en el RDL 10/2010. A pesar de que, como ya hemos señalado, éste era uno de los ámbitos en los que el Gobierno se había comprometido a intervenir con mayor intensidad –según los documentos presentados a los interlocutores sociales<sup>107</sup>–, y al que igualmente habían prestado una mayor atención las organizaciones sindicales en sus propuestas durante el proceso de negociación<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Toda la información sobre esta tramitación en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?\\_piref73\\_1335538\\_73\\_1335535\\_1335535.next\\_page=wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI9&PIECE=IWA9&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLB.A.fmt&DOCS=1-1&QUERY=121.cini.+y+%28%40fcie+o+concluido.fase.%29](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI9&PIECE=IWA9&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLB.A.fmt&DOCS=1-1&QUERY=121.cini.+y+%28%40fcie+o+concluido.fase.%29).

<sup>106</sup> Esta misma impresión en relación con la completa reforma en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “El contrato de trabajo en la Ley 35/2010”, *Diario La Ley*, n. 7488, de 14 de octubre de 2010, p. 3.

<sup>107</sup> Un resumen de los mismos en J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en AAVV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (TOL1965.397) Tirant Lo Blanch, 2010, p. 10 del original impreso.

<sup>108</sup> Véase, por ejemplo, CCOO y UGT, “Propuestas sindicales para un acuerdo por el empleo y la protección social”, de 20 de mayo de 2009.

Lo primero, esto es, lo escaso, se deriva de un dato incontestable. Y es que, más allá de cuestiones puntuales, incorporadas en otros apartados de la posterior norma legal, o ligadas a cuestiones específicas de las políticas activas de empleo, lo cierto es que el Capítulo IV, tanto del RDL 10/2010, como de la posterior Ley 35/2010, dedica monográficamente sólo un artículo específico, el decimotercero, a los Servicios Públicos de Empleo. Y, como veremos, el contenido del mismo tampoco resulta especialmente novedoso. En realidad, este precepto se limita a prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2012 el Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral cuya aprobación por Consejo de Ministros fue autorizada por el art. 8 del RDL 2/2008 de 21 de abril de 2008, si bien sólo en la parte relativa a la contratación –o, en estos momentos, simple mantenimiento– de los 1.500 orientadores sufragados por el Estado y puestos a disposición de los Servicios Públicos de Empleo autonómicos, como reacción frente al espectacular incremento de desempleados en nuestro sistema durante estos dos últimos años<sup>109</sup>; una cifra por lo demás, ciertamente limitada, sobre todo si comparamos los efectivos de nuestro sistema –por no hablar ya de su formación o estabilidad– con otros países de nuestro entorno cultural<sup>110</sup>.

Se trataba, como es bien sabido, de una medida adoptada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008 y cuya distribución territorial fue acordada en la Conferencia Sectorial para Asuntos Laborales del 26 de junio de 2008, siendo decidida su formalización por el Consejo de Ministros, en su reunión de 4 de julio

<sup>109</sup> Un número éste que ya en su Memoria Socioeconómica de 2008, p. 321 el propio CES declaraba “claramente insuficiente”.

<sup>110</sup> Como señalaba el CES en su *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España* 2008, p. 322, los efectivos totales en los Servicios Públicos de Empleo para el año 2006 serían en España de 7996, lo que supondría un porcentaje de 0,4 efectivos por cada 1000 personas activas y de 4,4 por cada 1000 desempleados, bastante por debajo de otros países como Alemania –con una media de 1,8 efectivos por cada 1000 activos y 17,4 por cada 1000 desocupados–, Austria –1,1 y 22,2 respectivamente– o Dinamarca –2,2 y 56,2–. No obstante, obsérvese que los datos son bastante diferentes si los tomamos de la red-trabajo en el momento de cerrar estas líneas. Según dicho Portal, la plantilla por centros de trabajo a 30 de septiembre de 2010 sería en total de 22.256 personas distribuidas de la siguiente forma: Servicio Público de Empleo Estatal 10.185; Servicio Andaluz de Empleo – SAE Servicio Andaluz de Empleo – SAE 1.542; Instituto Aragonés de Empleo – INAEM Instituto Aragonés de Empleo – INAEM, 434; Servicio Público de Empleo Principado de Asturias Servicio Público de Empleo Principado de Asturias 412; Servicio Canario de Empleo Servicio Canario de Empleo, 828; Servicio Cántabro de Empleo Servicio Cántabro de Empleo, 192; Servicio Público de Empleo de Castilla La Mancha – SEPECAM Servicio Público de Empleo de Castilla La Mancha – SEPECAM, 730; Servicio Público de Empleo de Castilla y León – ECYL Servicio Público de Empleo de Castilla y León – ECYL 1.175; Servei d'Ocupació de Catalunya – SOC Servei d'Ocupació de Catalunya – SOC, 1.446; Servicio Valenciano de Empleo y Formación – SERVEF Servicio Valenciano de Empleo y Formación – SERVEF, 1.503; Servicio Extremeño Público de Empleo – SEXPE Servicio Extremeño Público de Empleo – SEXPE, 579; Servicio Público de Empleo de Galicia – EG Servicio Público de Empleo de Galicia – EG, 784; Servei d'Ocupació de les Illes Balears – SOIB Servei d'Ocupació de les Illes Balears – SOIB 343; Servicio Riojano de Empleo Servicio Riojano de Empleo, 100; Servicio Regional de Empleo Servicio Regional de Empleo, 1.348; Servicio Regional de Empleo y Formación de la Región de Murcia – SEF Servicio Regional de Empleo y Formación de la Región de Murcia – SEF, 450; Servicio Navarro de Empleo Servicio Navarro de Empleo, 205.



de 2008<sup>111</sup>. En ellas se estableció, en un primer momento, una financiación de 35.000€/año para la contratación de dos orientadores por oficina de empleo con presencia de efectivos del Servicio Público de Empleo<sup>112</sup>. Y si bien en dicho Plan se preveía que el marco temporal para esta medida fuese el ejercicio 2008, también se establecía que a la vista de los resultados y de las condiciones objetivas del mercado de trabajo se podría proceder a su prórroga. No obstante, al no comenzar su ejecución hasta septiembre de 2008, se fijó la vigencia temporal hasta agosto de 2009.

Pues bien, antes de la llegada de dicho término, tanto la DF 1 del RDL 2/2009 de 6 de marzo, como, posteriormente, la DF1 de Ley 27/2009 de 30 de diciembre, autorizaron “al Gobierno a la aprobación, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros, de la prórroga, durante dos años más, del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008”, si bien referida ya expresa y “exclusivamente a la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo”. En virtud de dicha autorización el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2009 procedió a dicha prórroga.

Dejando a un lado el hecho de que la DF 3 del RDL 2/2009 permitía la prórroga durante un año más “de la vigencia de cualquiera de las medidas previstas en este Real Decreto-ley, así como su modificación, para garantizar que se cumplan las finalidades perseguidas”; y que la misma DF 3 de la posterior Ley 27/2009 establecía igualmente esta posibilidad, pero sin límite temporal alguno –con una curiosa técnica normativa–, lo cierto es que el art. 13 RDL 10/2010 ha venido a permitir una nueva prórroga hasta el 31 de diciembre de 2012 del mencionado Plan –nuevamente en este apartado concreto–, para el reforzamiento de la red de oficina de empleo, sin que se prevea, por otra parte, modificación alguna en las tareas que actualmente parecen desarrollar, al menos según la información oficial, estos agentes; esto es, la realización de un itinerario personalizado para cada desempleado<sup>113</sup>, y, al mismo tiempo, realizar una prospección de las empresas para localizar las necesidades de empleo de las mismas, identificar sus características y poder dirigir hacia ellas a los desempleados o determinar las necesidades de formación y cualificación que precisen para ocupar tales puestos de trabajo.

Sin poder detenernos aquí en otras cuestiones de mayor profundidad, sobre todo relativas a la formación y estabilidad de unos orientadores que debieran ser las piezas clave en la gestión de unos modernos servicios públicos de empleo, nos limitaremos

<sup>111</sup> Véase la Orden TIN/1940/2008, de 4 de julio.

<sup>112</sup> Lo que en el año 2008 supuso un coste de 33.413.323 €, siendo la Comunidad Autónoma más beneficiada la de Andalucía, seguida de Cataluña. Más información en [http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/\\_2009/refc20090206.htm](http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2009/refc20090206.htm).

<sup>113</sup> Que pasa –como es bien sabido– por efectuar un diagnóstico de sus capacidades y posibilidades de encontrar empleo, y facilitarles formación, asesoramiento, seguimiento, tutela y cuantas acciones requieran a lo largo del proceso de búsqueda.

a resaltar el hecho de que el contenido de esta “reforma” –adelantada ya por algún documento previo del propio Gobierno– es en este punto tan limitado o casi inexistente –sobre todo si recordamos las posibilidades ya mencionadas de las DF 3 del RDL 2/2009 y de la Ley 27/2009– que bien podría afirmarse que, a todos los efectos, los SSPE habrían quedado en gran parte excluidos del proceso de reforma de la intermediación –sobre todo del RDL 10/2010–, quedando pendiente la adopción de las medidas necesarias para su fomento y mejora<sup>114</sup>. Éste sería, así, uno de los muchos temas –como, por ejemplo, una reforma necesaria del trabajo a tiempo parcial que vaya más allá de su fomento mediante subvenciones realizado durante el año 2009– que se habrían “caído” de la reforma como consecuencia de los avatares de ésta y de las estrategias de los sujetos involucrados. Y ello, repetimos, a pesar de que el propio Gobierno afirmaba que era necesario preservar en cualquier caso “la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, para que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación”.

En definitiva, y como decimos, a pesar de sostenerse en la Exposición de Motivos del RDL 10/2010<sup>115</sup> que “los servicios públicos de empleo son siempre necesarios para acompañar y promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y para gestionar las prestaciones por desempleo”; o que “el Gobierno tiene voluntad de seguir mejorando y potenciando los servicios públicos de empleo”, lo cierto es, como decimos, que aquel RDL poco o nada alteraba el cuadro normativo anterior propio de la intermediación, al quedar incólume el Título I de la Ley 56/2003 –que aborda el Sistema Nacional de Empleo– y al limitarse el art. 13 RDL 10/2010 –posteriormente art. 13 Ley 35/2010– a una prórroga que no actúa estructuralmente contra los problemas permanentes que aún sufre nuestro Sistema Nacional de Empleo.

El segundo rasgo que mencionábamos de la reforma laboral de 2010 en este punto era su carácter programático<sup>116</sup>. Y ello simple y llanamente por el tipo de contenido de la nueva Disposición adicional decimoséptima, incorporada novedosamente por la Ley 35/2010 –quizás como intento de “lavar la cara” ante lo mínimo

<sup>114</sup> De hecho, el contenido del art. 13 Ley 35/2010 es tan limitado que un destacado sector de la doctrina ha señalado incluso que su contenido hubiera debido ser incorporado “en buena técnica jurídica” en una mera disposición final –F. Valdés Dal-Re, “A vueltas con la estructura formal y los reenvíos reglamentarios de la Ley 35/2010”, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 20 (La Ley 13526/2010)–. En un sentido similar, M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en AAVV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (TOL1965.397) Tirant Lo Blanch, 2010, p. 10 del original impreso.

<sup>115</sup> Y con las lógicas matizaciones, en la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010.

<sup>116</sup> En este mismo sentido J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 10 del original impreso.

de esta reforma—y que titulada expresamente Servicios Públicos de Empleo dista mucho de suponer cambios reales en este esquema. Y ello porque la misma se limita a recordar, con un contenido básicamente programático y ya conocido de otras reformas, que “*el Gobierno seguirá reforzando los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómicos mediante la mejora de sus recursos humanos, tecnológicos organizativos y de la red de oficinas. Así mismo, incrementará el grado de coordinación y eficacia entre los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómicos para promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y para gestionar las prestaciones por desempleo*”. En definitiva, ningún contenido concreto que vaya más allá de unos objetivos ya tradicionales —baste recordar lo ya establecido en el AMCE—, pero aún no conseguidos.

Lo que, no obstante, sí plantea el carácter meramente programático de esta norma es si, en realidad, es al Poder Central al que debe exigírsele única o incluso prioritariamente la tantas veces postulada modernización y mayor penetración de los servicios públicos de empleo en nuestro mercado de trabajo. Y ello porque estas críticas sobre la escasa importancia prestada por la reforma a este tema, o su carácter meramente programático, seguramente olvidan cómo en el actual diseño establecido por el bloque constitucional, las competencias esenciales en este campo ya no radican en el Poder Central. En el nuevo diseño de distribución territorial del Estado las competencias incluso legislativas, sobre organización y gestión de los Servicios Públicos de Empleo que desarrollan realmente esta función de intermediación, corresponden a las Comunidades Autónomas, cuya responsabilidad a veces no es convenientemente destacada. Es en la actuación de éstas, en su gestión y en la atribución de medios materiales y personales a sus respectivos servicios de empleo, en donde deberíamos encontrar las claves para una mayor penetración y una gestión más ágil y eficiente de los mismos. Y es seguramente a estos mismos Poderes Públicos, y no al Central, al que habría de solicitarse prioritariamente un mayor protagonismo, mejores medios, y una gestión más dinámica y eficaz de este Servicio Público en cada una de nuestras Comunidades Autónomas.

El Poder Central seguramente debería desarrollar una labor de liderazgo y mayor coordinación de los servicios integrados en el Sistema Nacional de Empleo; una labor que, con la experiencia legislativa y de gestión que proporcionan ya algunos SPE Autonómicos, se centrará, por ejemplo, en el reconocimiento de un auténtico estatuto de derechos y obligaciones de los ciudadanos —y no sólo de los desempleados— y de las empresas frente a estos servicios; que permitiera una gestión más personalizada, pero al mismo tiempo estandarizada de sus usuarios; que incorporará técnicas de gestión de personal más modernas, en línea con lo que en su momento se realizó en el Servicio Público alemán, y que tras un análisis de sus debilidades, fortalezas, oportunidades y amenazas, estableciera un auténtico plan estratégico asentado sobre una clara delimitación de su misión, visión y valores; un Plan Estratégico que permitiera la más eficiente gestión de los recursos públicos, materiales y personales, mediante la más adecuada planificación, organización, di-

rección y control de sus actuaciones y que, obviamente, también permitiera la mejor coordinación entre prestaciones por desempleo y políticas activas, como se deduce de la DA 6 Ley 35/2010<sup>117</sup>. En este punto, experiencias como las del Servicio Público Aragonés pueden ser un ejemplo<sup>118</sup>. Es cierto que estas actuaciones supondrían y seguramente exigirían la modificación de buena parte de la actual Ley de Empleo. Pero es sin duda éste un reto absolutamente necesario y que demuestra aún más, la casi nula relevancia de las modificaciones legales que en este punto han incorporado —por decir algo— las reformas de 2010<sup>119</sup>.

En cualquier caso, este importante papel o rol del Poder Central no impide ni debe ocultar que buena parte de estas “tareas pendientes” en el proceso de reforma de los SPE debe buscarse igualmente en la normativa y en la actuación específica de cada una de las Comunidades Autónomas. Son éstas las que materialmente organizan, dirigen, controlan y gestionan estos servicios; las que les atribuyen medios materiales y personales, las que los orientan y, en definitiva, las competentes para estas labores de intermediación y de gestión de la mayor parte de las políticas activas. De ahí que junto a este poder deban igualmente asumir su propia cuota de responsabilidad, aún más si, como en muchas ocasiones se ha recordado, el papel de estas políticas activas y de intermediación es cada vez más importante frente al rol que en estas cuestiones debe jugar la mera normativa laboral. En esta línea, es cierto que muchos de los Acuerdos de Concertación aprobados a nivel autonómico, no sólo dedican una parte importante de su contenido a estos SPE, sino que también parecen orientarse en una línea similar a la antes expuesta<sup>120</sup>. Pero es obvio que aún queda mucho por hacer y exigir en este ámbito, en el marco, como decimos, de una mayor coordinación, calidad y penetración de estas entidades en la dinámica de nuestro mercado de trabajo.

Por lo demás, el resto de referencias legales en la reforma de 2010 a los SPE se centran, en primer lugar, en el establecimiento de nuevas obligaciones desti-

<sup>117</sup> De acuerdo con la cual “en el momento en que el empleo inicie su recuperación, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de éstas con las políticas activas de empleo”.

<sup>118</sup> Más información sobre este Plan Estratégico en [http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonEmpleo/Documentos/docs/Areas/WebPLAN ESTRATEGIO\\_INA EM\\_2011.pdf](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonEmpleo/Documentos/docs/Areas/WebPLAN ESTRATEGIO_INA EM_2011.pdf).

<sup>119</sup> Por brevedad nos remitimos a las conclusiones que ya en su momento hicimos en AAVV., *Colocación y Servicios de Empleo*, (dir. M.C. Rodríguez-Piñero Royo) de próxima publicación en la colección del CES.

<sup>120</sup> Por mencionar sólo algunos piénsese en el VI y VII Acuerdo de Concertación Social en Andalucía; en Acuerdo para la Competitividad, el Empleo y el Bienestar de Asturias para los años 2008 a 2011 o los Acuerdos Regionales por el Empleo 2004/2007 y el Plan por el Crecimiento, la Consolidación y la Calidad del Empleo en Castilla-La Mancha para el período 2008-2011. Para un más amplio elenco de estos acuerdos, y del destacado papel de este tipo de acuerdos en la propia configuración de los SPE Autonómicos nos remitimos nuevamente y por brevedad, a lo que ya hemos señalado en relación con este tema en AAVV., *Colocación y Servicios de Empleo*, (dir. M.C. Rodríguez-Piñero Royo) de próxima publicación en la colección del CES.

nadas a dotar de mayor eficacia a las novedosas reglas sobre límites en la duración del contrato de obra o servicio o encadenamiento de contratos sucesivos en los art. 15.1.a y 15.5 ET –nueva redacción del art. 15.9 ET–; y en segundo lugar, a cuestiones conectadas básicamente con la gestión, dirección y coordinación de las políticas activas buscando una mayor coordinación y eficacia en su gestión.

En este sentido, y muy sumariamente, se incorpora un nuevo punto al art. 23 LE que recuerda que los objetivos de las políticas de empleo, incluidas las gestionadas por las CCAA, serán los del art. 25 de la Ley de Empleo –lo que, por lo demás, y dada su amplitud no parece que deba generar ningún problema– permitiéndose además cualquier forma de gestión “ajustada a derecho” con lo que no parece que la norma plantee problema competencial alguno siendo por tanto la coordinación más formal que material. Por otra parte, se incorpora en el art. 28.1 LE la posibilidad de que en los convenios de colaboración a los que se refiere el precepto se puedan establecer las condiciones de utilización de las cantidades no ejecutadas en la financiación de gastos de las distintas prestaciones por desempleo, para financiar programas de fomento del empleo y de formación profesional para el empleo, siempre que la disminución de los gastos inicialmente previstos se deba al efectivo cumplimiento por las Administraciones Públicas competentes de las funciones establecidas en los apartados 3 y 4 del artículo 27 LE. En definitiva una llamada a una más eficiente actividad de control por parte de las CCAA<sup>121</sup>, que debe conectarse finalmente, con la DA 6 LE. En ella, y tras distribuir las competencias en relación con la evaluación, seguimiento y control de las iniciativas de formación financiadas mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social<sup>122</sup> se señala que “el Servicio Público de Empleo Estatal ingresará a los servicios competentes de las Comunidades Autónomas el valor de las bonificaciones no aplicadas a causa de las sanciones impuestas por infracciones en las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social en concepto de formación de demanda, que se destinarán a las políticas activas de formación para el empleo”.

Por último, y en tercer lugar, la reforma aborda o menciona a los SPE para, sobre todo, conectarlos y desarrollar su relación y coordinación con lo que, ya desde un principio debemos destacarlo, constituye el objeto central de la reforma de 2010: la regulación de las entidades privadas que colaboran o actúan igualmente como agentes de la intermediación –art. 21 Ley de Empleo– o como operadores materiales en la misma –ETT–; en definitiva, con los agentes privados que actúan en dicho mercado y cuya colaboración con los Servicios Públicos de Empleo, en especial en lo relativo a colectivos con dificultades específicas de inserción, se prevé incluso expresamente en el nuevo art. 22 Ley 56/2003 en línea, por cierto, con lo que ya sostuvieron en este punto los teóricos de los TLM.

<sup>121</sup> En este sentido, J.M. Goerlich Peset, “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 18.

<sup>122</sup> Debe conectarse con el art. 6 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

En conclusión, las novedades legislativas sobre la estructura y gestión de los SPE como instrumentos de intermediación en el mercado de trabajo español son ciertamente escasas en la reforma de 2010. Más allá de prórrogas temporales de efectivos –que no acabarán con un problema estructural, ahora, eso sí, temporalmente agravado–, o de meras declaraciones programáticas que nada nuevo aportan, poco más cabe encontrar. En realidad, el principal impacto de esta reforma sobre los SSPE son las consecuencias que pudieran depararles el auténtico objeto central de la misma: esto es, la clara ampliación del campo de actuación de los agentes privados; una ampliación tan importante que quizás haya sido la causa de que en último término, el Senado tuviera que incorporar un nuevo punto 3 del art. 20 de la Ley 56/2003, de acuerdo con el cual “*con independencia del agente que la realice, la intermediación laboral tiene la consideración de un servicio de carácter público*”; en definitiva –y sin entrar aquí en el complejo campo de la definición de servicio público<sup>123</sup>– una declaración conectada con el ya viejo Convenio 88 de la OIT ratificado por España en 1960<sup>124</sup> pero que, al menos a nuestro juicio viene a remarcar una concepción más objetiva ahora que subjetiva.

#### 4.4. Los operadores privados: la revitalización de las Agencias de Colocación

Por contra, y como ya hemos avanzado, basta un repaso del Capítulo IV de la Ley 35/2010 para constatar como las novedades más relevantes en el campo de la intermediación en el empleo se producen en el ámbito los sujetos privados, sobre los que se focaliza claramente la atención del legislador. Más concretamente, la regulación se centra en un tipo específico de operador privado, la agencia de colocación, que se presenta como la verdadera protagonista del nuevo modelo, sobre todo como reacción a su escasa utilización anterior<sup>125</sup>. Y ello porque como señalaba la Exposición de Motivos del RDL 10/2010 –y obviamente reitera la misma Exposición de la Ley 35/2010–, deberían ser estas las que –al menos desde la perspectiva voluntarista del legislador– contribuyan a la mejora del funcionamiento de los SPE, cuya actividad, no obstante, sólo “complementarían”.

<sup>123</sup> Sobre el concepto estricto de servicio público ya señalaba el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia de 2 marzo 1979 (RJ 1979\1175) que “para que con rigor pueda predicarse de una actividad el carácter de servicio público, no es suficiente que proporcione una utilidad al público, so pena de desnaturalizar el concepto, sino que debe exigirse que se trate de una actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública, y cuya titularidad esté atribuida a una Entidad Pública, lo que no es obstáculo para que la gestión corresponda a un particular”.

<sup>124</sup> Instrumento de ratificación de 14 de enero de 1960 («BOE» núm. 9, de 11 de enero de 1961).

<sup>125</sup> Sobre la misma, por ejemplo, F. Pérez de los Cobos “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5.

#### 4.4.1. La reforma de las Agencias de Colocación

Dejando a un lado otras modificaciones ciertamente puntuales –como por ejemplo la sustitución del término “demandante de empleo” por el de “trabajador” en el nuevo art. 20.1 Ley 56/2003<sup>126</sup>– es evidente que en el plano meramente formal la reforma de 2010 supone, en primer lugar, una importante legalización del régimen jurídico de estas agencias<sup>127</sup>. Frente a la mínima regulación de este rango surgida de la reforma de 1993-1995, la inclusión –mediante el art. 14 RDL 10/2010– de un nuevo artículo 21.bis en la Ley de Empleo, dedicado exclusivamente a esta institución, supone fijar una “cabeza de capítulo” legal, mucho más amplia y detallada que la que suponía básicamente el anterior art. 16 ET. Y ello, seguramente, como reflejo de la mayor importancia que ahora se quiere prestar a una institución hasta cierto punto colateral y limitada en la reforma de 1993.

Además, y desde una perspectiva aún formal, resulta llamativo comprobar que esta reforma continúa en el camino ya iniciado en 2003 de incluir claramente a esta institución en la legislación de empleo, dejando su referencia en el Estatuto de los Trabajadores como una mera regulación indirecta o derivada. En este sentido, no deja de ser sintomático que la nueva redacción del art 16 ET –incorporada por el art. 15 RDL 10/2010–, se califique y se titule, por el propio legislador, como una mera “adaptación de la legislación laboral a la regulación de las agencias de colocación”.

En cualquier caso, este mayor peso de la norma legal no significa una minoración de la extraordinaria importancia que en este campo aún ostenta la potestad reglamentaria. Cuestiones como la especialidad de las empresas de recolocación, los requisitos específicos para su autorización, el procedimiento para esta y la regulación de los mecanismos para vertebrar su posible colaboración con los SSPE son, entre otras<sup>128</sup>, materias para las que resultará fundamental un desarrollo reglamentario posterior que, de acuerdo con la DF 3.3 Ley 35/2010, debería producirse antes del 31 de diciembre de 2010, modificando así el plazo antes establecido en la DF 7.3 del RDL 10/2010<sup>129</sup> y a través, parece lógico, de un único reglamento

<sup>126</sup> Que no obstante permiten ya intuir el notable impacto que sobre esta regulación ha tenido el Convenio 181 OIT. Véase J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 11 del original impreso.

<sup>127</sup> En un sentido similar, J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 13 del original impreso.

<sup>128</sup> Un elenco de las mismas en F. Valdés Dal-Re, “A vueltas con la estructura formal y los reenvíos reglamentarios de la Ley 35/2010”, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 20 (La Ley 13526/2010).

<sup>129</sup> Obviamente, al no tratarse de una delegación legislativa ni una deslegalización, el mero transcurso de dicho plazo sin que se dictasen dichas normas no supondría la desaparición de la capacidad de desarrollo posterior por parte del gobierno, generando este incumplimiento una responsabilidad básicamente política. En este sentido, igualmente F. Valdés Dal-Re, “A vueltas con la estructura formal y los reenvíos reglamentarios de la Ley 35/2010”, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 20 (La Ley 13526/2010).

que aborde unitariamente todas y cada una de las llamadas del legislador y las múltiples cuestiones que aún quedan pendientes<sup>130</sup>.

De hecho, la importancia de este desarrollo es tal<sup>131</sup> que la Disposición Final Octava del RDL 10/2010, ahora DF 4.2 de la Ley 35/2010, vincula la entrada en vigor de “las disposiciones sobre agencias de colocación establecidas en el Capítulo IV” de este real decreto-ley (Ley) a la entrada en “vigor la normativa de desarrollo”; lo que, entre otras cosas–básicamente el retraso real de la entrada en vigor de la mencionada reforma–<sup>132</sup>, viene a suponer que, en realidad, las normas en este punto del RDL 10/2010 nunca han entrado ni entrarán en vigor, al ser sustituidas previamente por los correspondientes preceptos recogidos en la Ley 35/2010. Y ello tiene importancia en la medida en la que evita espinosos problemas como, por ejemplo, los que hubieran podido plantearse si alguna Agencia de Colocación hubiera obtenido su autorización de la Comunidad Autónoma donde tuviera su domicilio al amparo de la normativa del RDL 10/2010. Pero sobre este tema volveremos inmediatamente.

Por ahora nos interesa resaltar, ya en el plano material, que la principal novedad generada en relación con estas AC es, sin duda, la admisión de su funcionamiento con finalidad lucrativa. Al admitirse esta, podrán existir, a diferencia de lo que ocurría hasta ahora, empresas dedicadas de manera profesional y competitiva a la intermediación. Las AC, que hasta ahora eran necesariamente operadores sin finalidad lucrativa, se transforman, o podrán transformarse –ya que nada ciertamente lo impone–, en auténticos sujetos empresariales. Esta admisión supone cambiar la perspectiva tradicional del legislador laboral español respecto de la intermediación: de la vieja ausencia de lucro se pasa ahora a la gratuidad; lo relevante no sería ya la prohibición de obtener un lucro profesional, sino que se obtenga –o, mejor, que no se obtenga, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte–ningún tipo de honorario, tarifa o contraprestación de los trabajadores por el desarrollo de sus servicios. Y es que no otra interpretación cabe deducir del apartado 4 del nuevo artículo 22 de la Ley de Empleo cuando señala que “la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades o agencias de colocación cuando realicen actividades incluidas en el ámbito de la colaboración con aquéllos, conforme a lo establecido en este capítulo, se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores. La intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo deberá garantizar a los traba-

<sup>130</sup> Más argumentos a favor de esta teoría de la unidad reglamentaria en F. Valdés Dal-Re, “A vueltas con la estructura formal y los reenvíos reglamentarios de la Ley 35/2010”, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 20 (La Ley 13526/2010).

<sup>131</sup> Véase J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 13 del original impreso.

<sup>132</sup> Vid. A. Dorrego de Carlos, “La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT”, en *Diario la Ley*, 14 de octubre de 2010, n. 7488. Criticando este retraso en un momento de crisis como el actual F. Pérez de los Cobos, “La reforma laboral: parturient montes”, en *Diario La Ley*, 2010, n. 7441.



*jadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos*". Obsérvese además que ningún límite se señala para esta posible contraprestación del futuro empleador<sup>133</sup>.

Hay que subrayar nuevamente que esta modificación de perspectiva, unida a otras alteraciones introducidas en la ley, supone un verdadero cambio de fase en el Derecho del Empleo español. Desde una óptica estrictamente nacional, se continúa el tránsito iniciado en 1993 de un modelo socialdemócrata, a un monopolio progresivamente moderado, a otro pluralista y competitivo, o incluso de coexistencia y cooperación en la terminología de WALWEI<sup>134</sup> que se considera más eficiente y eficaz<sup>135</sup>. Esta regulación nos sitúa, finalmente, en línea con lo promovido por la Organización Internacional del Trabajo, la Unión Europea y otros Estados europeos. Y ello porque como señalaba el propio Gobierno en su documento de abril de 2010, se consideraba obligado a "*corregir la singularidad de nuestro ordenamiento en cuanto a las restricciones sobre la apertura a la colaboración público-privada de las tareas de intermediación laboral*"<sup>136</sup>. Y todo ello, claro está, sin olvidar el carácter en principio absoluto de esta prohibición, sin que el legislador haya previsto, al menos por el momento, ninguna excepción a esta regla de gratuidad, como en cambio sí permitía —eso sí, en interés de los trabajadores afectados, para determinadas categorías de empleados y para ciertos servicios— el art. 7 del Convenio 181 OIT.

De este modo, el régimen de las Agencias de colocación y de las Empresas de Trabajo Temporal parece asimilarse en este punto concreto. En ambos casos lo que se prohíbe siempre es la percepción de cualquier retribución a cuenta del trabajador. Pero si se observa bien, esta equiparación entre AC y ETT, incluso en este caso, no es absoluta, ya que no lo es para el conjunto de actividades desarrolladas por estas agencias, ni, por tanto, necesariamente para todas y cada una de las mismas. Y ello porque, si bien es cierto que en principio este régimen de posibilidad de lucro es el general, no debe olvidarse que el nuevo art. 22.4 de la Ley de Empleo impone en cambio la gratuidad, tanto frente a los trabajadores, como frente a los empresarios— para aquellos supuestos en los que tales agencias de colocación "*realicen actividades incluidas en el ámbito de colaboración*", que pudieran acordar convencionalmente con los Servicios Públicos de Empleo<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> J.M. Goerlich Peset "Las reformas en materia de empleo...", cit., p. 14 del original impreso.

<sup>134</sup> Un esquema de estos modelos de amplia utilización entre la doctrina en U. Walwei, "Labour Market Policy in Germany Job Placement, Unemployment Insurance and Active Labour Market Policy in Germany", IAB Labour Market Research Topics, 2002, n. 49, p. 10.

<sup>135</sup> Destacando esta finalidad J.M. Goerlich Peset "Las reformas en materia de empleo...", cit., p. 12 del original impreso.

<sup>136</sup> Aunque como recuerda J.M. Goerlich Peset "Las reformas en materia de empleo...", cit., p. 12 del original impreso, esta normativa internacional es sólo una condición que no obligaba a dar este paso.

<sup>137</sup> Destaca igualmente este hecho, F. Pérez de los Cobos "La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT", *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16; J.M. Goerlich Peset "Las reformas en materia de empleo...", cit., p. 13 del original impreso.

Este hecho —que la colaboración con el SPE sea una mera posibilidad y no una imposición— es, sin duda, la segunda gran innovación material incorporada por la reforma<sup>138</sup>. En realidad, esta innovación se inserta ya en la propia definición de las Agencias de colocación que ahora se legaliza en el nuevo art. 21.bis.1 Ley 56/2003. Así, frente al viejo art. 1 RD 735/1995 que comenzaba su articulado señalando que las agencias de colocación se configuraban básicamente como "*entidades que colaboran con el Instituto Nacional de Empleo en la intermediación en el mercado de trabajo y tienen como finalidad ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades*", el nuevo art. 21.bis de la Ley de Empleo señala que "*a efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, bien como colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos*". Y de hecho, esta misma posibilidad y dicotomía aparece claramente en el nuevo art. 21.bis.5 Ley 56/2003 de acuerdo con el cual "*las agencias de colocación autorizadas podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo mediante la suscripción de un convenio de colaboración con los mismos, con el alcance previsto en las normas de desarrollo de esta Ley y en los propios convenios que se suscriban*".

Entre otras consecuencias, es obvio que esta nueva configuración supondrá importantes modificaciones también en el proceso de autorización<sup>139</sup>. De hecho, la forma verbal utilizada en la norma apenas reflejada indica ya que —a pesar de la amplia libertad en este punto del regulador reglamentario— la autorización de la AC deberá seguramente desconectarse temporalmente del convenio de colaboración, a diferencia de lo que ocurre ahora en el art. 13 RD 735/1995, siendo, además, una opción que, una vez autorizada, podrá asumir o no la AC, cubriendo, además, y por lo que parece, ya sea toda o sólo una parte de su actividad.

En cualquier caso, es importante destacar que sólo las agencias de colocación que actúen como colaboradoras de los servicios públicos de empleo —para cuya selección, por cierto, parece que tendrán importancias los indicadores evaluables cada dos años previstos en la DF 3 Ley 35/2010<sup>140</sup>— se equiparán a estos para el cumplimiento de buena parte de las obligaciones recogidas en el art. 231.1 LGSS<sup>141</sup>;

<sup>138</sup> F. Pérez de los Cobos "La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT", *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16; J.M. Goerlich Peset "Las reformas en materia de empleo...", cit., p. 13 del original impreso.

<sup>139</sup> En cuya regulación deberá tenerse en cuenta lo establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

<sup>140</sup> J.M. Goerlich Peset "Las reformas en materia de empleo...", cit., p. 14 del original impreso.

<sup>141</sup> F. Pérez de los Cobos "La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT", *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16 plantea la posibilidad de que esta limitación suponga la existencia de agencias de "segunda".

en especial, en los apartados c) —“participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que determinen los servicios públicos de empleo, o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos y aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por dichas agencias”—, d) —“renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la Entidad Gestora, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos”—y g) —“devolver a los servicios públicos de empleo, o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los mismos”<sup>142</sup>—. Seguramente por ello —y como recuerda el nuevo art. 21.bis.5 de la Ley 56/2003, en la redacción dada por la Ley 35/2010<sup>143</sup>— “el convenio de colaboración... deberá regular los mecanismos de comunicación por parte de las agencias de colocación de los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo previstas en el artículo 231.1” LGSS. Luego, a contrario sensu, y como demuestra la correspondiente modificación de los respectivos preceptos de la LISOS<sup>144</sup>, cuando no se tenga este estatus de colaborador, las obligaciones del demandante respecto de la agencia de colocación —y de estas AC con los SSPE— serán mucho menores; un hecho éste que si bien puede sorprender en una reforma que ha fortalecido las obligaciones del perceptor de prestaciones frente a las políticas activas —baste recordar la reducción de cien a treinta de los días de gracia en los que no son obligatorias las acciones de mejora de la ocupabilidad para los beneficiarios de prestaciones contributivas ex art. 231.1 LGSS<sup>145</sup>—, se justifica por el menor control público de estas entidades, que impide equiparar las ofertas realizadas por uno y otro tipo de organización. En cualquier caso esta distinción debería llevar a sistemas que, desarrollados a nivel reglamentario, permitan a los usuarios saber con certeza si nos encontramos ante una empresa simplemente autorizada o colaboradora, y sancionar la información incorrecta que sobre este tema pudieran ofrecer algunas agencias.

<sup>142</sup> Esta posibilidad de atribuir competencias a las AC que puedan incidir en las prestaciones por desempleo ha sido una de las principales críticas de las organizaciones sindicales más representativas a este punto de la reforma. Véase en este sentido, CCOO, UGT “Valoración del RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en *Diario la Ley*, 8 de julio de 2010, n. 7441.

<sup>143</sup> Ya que estos dos párrafos finales son una novedad con respecto al texto original incorporado por el RDL10/2010.

<sup>144</sup> Un repaso de los mismos en agencias privadas de colocación J.M. Goerlich Peset, “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 16.

<sup>145</sup> Nueva redacción de dicho artículo en virtud del art. 16 Ley 35/2010.

Además, obsérvese que el nuevo art. 22.5 LE establece que a efectos de la intermediación que realicen los SPE y las entidades colaboradoras, y, sobre todo, de la ejecución de los programas de políticas activas de empleo, “tendrán exclusivamente la consideración de demandantes de empleo aquellos que se inscriban como tales en dichos servicios públicos de empleo”<sup>146</sup> y no, por tanto, en las agencias, lo que parece que contrasta con la lógica del antiguo art. 10.1 RD 735/1995. Se trata, seguramente, de una medida especialmente dedicada al control, que potencia y ejemplifica la progresiva coordinación entre políticas activas y pasivas de empleo y que no impide —como recuerda el art. 27.1 in fine LE— que “una vez inscritos y sin perjuicio de seguir manteniendo dicha inscripción, los solicitantes y beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo que lo deseen podrán requerir los servicios de las agencias de colocación”.

En tercer lugar, y relacionado con todo lo anterior también es importante destacar que, a pesar de su carácter excepcional en el marco de la Directiva 2006/123/CE —de las que estas agencias, a diferencia de las ETT no quedan excluidas—<sup>147</sup>, nuestro legislador ha optado en este caso por mantener la técnica de la autorización frente a otros posibles instrumentos menos rigurosos como la declaración responsable y la comunicación previa del nuevo art. 71 bis Ley 30/1992<sup>148</sup>, invocando para ello —como razón imperiosa de interés (art. 9 Directiva 2006/123/CE) perfectamente admisible a nuestro juicio<sup>149</sup>— la protección de los trabajadores. No obstante, es importante destacar que esta inclusión en el campo de aplicación de la mencionada Directiva supone, de facto, una importante limitación en la posible configuración legal y reglamentaria de este procedimiento, ya que el mismo deberá respetar el resto de normas contempladas en la mencionada Directiva 2006/123/CE.

Así, un primer ámbito donde es posible detectar esta influencia es en la atribución de la competencia administrativa para conceder la mencionada autorización; un campo éste especialmente complejo, pero en el que debe tenerse presente que de acuerdo con el art. 10.4 de Directiva 2006/123/CE, “la autorización deberá permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, incluido mediante la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justi-

<sup>146</sup> J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 14 del original impreso.

<sup>147</sup> De hecho, el propio Considerando 33 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior se establece que “en la presente Directiva, el concepto de “servicio” incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios ...relacionados con la contratación de personal”.

<sup>148</sup> En la redacción dada por la Ley 25/2009 de 22 de diciembre.

<sup>149</sup> Véase el propio Considerando 40 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

*fique una autorización individual para cada establecimiento o una autorización que se limite a una parte específica del territorio”.*

Pues bien, como es bien sabido, esta competencia, atribuida en principio al antiguo INEM, fue objeto de transferencias a la mayor parte de las Comunidades Autónomas, como lógico corolario de su carácter claramente ejecutivo. El criterio seguido en estos casos fue similar al tradicionalmente sostenido para las ETT, al señalarse que la misma pertenecería al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma cuando se tratase de “*agencias de colocación, cuyo ámbito de actuación no supere el del territorio de la Comunidad Autónoma*”, si bien “*en el supuesto de agencias de colocación cuya actividad no quede limitada al ámbito territorial de dicha Comunidad Autónoma, y, consecuentemente, no corresponda su autorización a esta Comunidad Autónoma, deberá recabarse informe preceptivo*” de la misma “*con carácter previo a su autorización*” por el Servicio Público de Empleo Estatal. Y ello, ya que la autorización de las agencias de colocación por el entonces INEM, respecto al ámbito territorial de dicha Comunidad Autónoma, “*debería adoptarse respetando los criterios operativos fijados por la Comunidad Autónoma en su ámbito territorial*”<sup>150</sup>.

El resultado de esta opción fue que, al menos en teoría, la competencia administrativa venía impuesta por el ámbito territorial recogido en la solicitud inicial de acuerdo con el art. 11 RD 735/1995. Pero más allá de que en este caso no quedaba en absoluto claro —de forma similar a lo que en su momento sucedió con las ETT— si dicho ámbito de actuación venía dado por el ámbito geográfico en el que desarrollaba su actuación de intermediación —en otras palabras, la naturaleza intra o supracomunitaria de sus centros de trabajo— o la ubicación física en la que debería desarrollarse la prestación del teórico y posterior contrato de trabajo, lo cierto es que este criterio de imputación no parecía, al menos a nuestro juicio, el más lógico en la medida en la que el desarrollo de las nuevas tecnologías y la concreta actividad de intermediación permiten en muchos casos el desarrollo de la misma sin necesidad de tener una sede física en cada territorio autonómico en el que se desea desarrollar su actividad. Y ello aún más cuando las exigencias impuestas a estas empresas se proyectan preferentemente sobre su vertiente meramente organizativa.

Quizás por todo ello, el art. 170 del Estatuto de Autonomía Cataluña, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del mismo, dio un paso más allá, y atribuyó a “*la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales, que incluye en todo caso:... La intermediación laboral, que incluye la regulación, la autorización y el control de las agencias de colocación con sede en Cataluña.*”

<sup>150</sup> Véanse, por ejemplo, el Real Decreto 467/2003, de 25 abril —Andalucía—; Real Decreto 468/2003, de 25 abril —Comunidad de Murcia—; Real Decreto 1385/2002, de 20 diciembre —Castilla-La Mancha—; Real Decreto 646/2002, de 5 julio —Aragón—; Real Decreto 1418/2001, de 14 diciembre —Cantabria—; Real Decreto 1379/2001, de 7 diciembre —La Rioja—; Real Decreto 1268/2001, de 29 noviembre —Islas Baleares—.

Este precepto fue objeto —o, *rectius*, uno de los múltiples objetos— del recurso de inconstitucionalidad 8045-2006<sup>151</sup>, interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso. En este caso, la impugnación se articulaba en torno a dos argumentos básicos. El primero, de menor interés en este punto, se apoyaba en el hecho de que la competencia de “regulación” contemplada en el precepto excedería de la competencia de ejecución que en materia laboral podía asumir la Comunidad Autónoma de Cataluña al estar reservada al Estado ex 149.1.7 CE la legislación laboral. Y el segundo, las posibles consecuencias extra-territoriales del criterio o punto de conexión acogido en el precepto estatutario.

Finalmente, y tras los avatares por todos conocidos, la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio de 2010 abordó esta cuestión en su Fundamento Jurídico n. 106 señalando, por lo que se refiere al primer argumento, que “*como sostiene la representación procesal del Gobierno de la Generalitat, el alcance de la competencia de “regulación” debe cohonestarse en este caso, y así debe ser comprendida, con el carácter ejecutivo de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma en materia de trabajo y relaciones laborales como expresamente se establece en el encabezamiento del art. 170 EAC. Entendida de este modo, como no puede ser de otra forma, se desvanece el reproche de inconstitucionalidad que aprecian los recurrentes, pues ya hemos tenido ocasión de señalar, al enjuiciar el art. 112 EAC, que “en el ámbito ejecutivo puede tener cabida una competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal (STC 51/2006, de 16 de febrero, FJ 4).” (fundamento jurídico 61).*

Y en relación expresamente con el segundo de los argumentos antes mencionados el Tribunal Constitucional concluye que “*por otra parte, tampoco puede prosperar el motivo de inconstitucionalidad adicional que aducen los recurrentes referido a las facultades de autorización y control de las agencias de colocación, puesto que el establecimiento de la sede de dichas agencias en el territorio de la Comunidad Autónoma como punto de conexión de la competencia autonómica ni por sí implica, ni tiene por qué derivarse necesariamente de él una proyección extraterritorial de su ejercicio, dado que la competencia asumida puede proyectarse sobre la vertiente organizativa de aquellas agencias, estando supeditado en todo caso el estricto significado de ese punto de conexión a lo que pueda disponer al respecto el legislador estatal en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada ex art. 149.1.7 CE. En consecuencia, ha de ser desestimada la impugnación del art. 170.1 d) EAC.*

Es este, en definitiva, el contexto en el que el RDL 10/2010 surge y en el que, finalmente, hace suyo el criterio estatutario, asumiendo ahora ex art. 149.1.7 CE,

<sup>151</sup> Su admisión a trámite en el BOE de 9 octubre 2006.



como punto de conexión el domicilio o sede social de la entidad que solicita la autorización, y atribuyendo por tanto la competencia a la Comunidad Autónoma donde radique el mismo. Además, dicha autorización sería “*única y con validez en todo el territorio español, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente*”. De este modo se profundizaba en una regla –volvemos a repetir, al menos a nuestro juicio– cada vez más extendida en el campo social –piénsese, por ejemplo, en la autoridad competente para el registro de empresas contratistas y subcontratistas de la construcción<sup>152</sup>, para la autorización de los servicios de prevención<sup>153</sup> o de las entidades auditoras<sup>154</sup> o, por poner un último caso, de calificación y registro de las empresas de inserción<sup>155</sup>–, que reflejaba mejor un modelo de bloque constitucional en el que las competencias ejecutivas corresponden en esta materia a las CCAA –con las limitaciones que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado para extraer este tipo de funciones de las competencias legislativas o de legislación básica por ejemplo en materia medioambiental<sup>156</sup>–, que partía, además, de una mayor

<sup>152</sup> Art. 6 Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

<sup>153</sup> Art. 24 del Real Decreto 39/1997 de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en la redacción dada por el Real Decreto 337/2010, de 19 marzo.

<sup>154</sup> Art. 33 del Real Decreto 39/1997 de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en la redacción dada por el Real Decreto 337/2010, de 19 marzo.

<sup>155</sup> Véanse los art. 5, 7 y 9 Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

<sup>156</sup> Como ya en su momento señaló la STC 102/1995, de 26 de junio –si bien en relación con las materias medioambientales– «la supraterritorialidad no configura título competencial alguno» en materia ambiental, especialmente por lo que se refiere a la atribución de competencias ejecutivas. Es cierto que, como recordaba la STC 329/1993, de 12 de noviembre –y en relación con este mismo campo medioambiental– “en ocasiones excepcionales”, el Estado –titular en este caso de la función de legislación básica–, puede “realizar actos de ejecución que sean precisos por la naturaleza de la materia, para evitar daños irreparables y para asegurar la consecución de la finalidad objetiva que corresponde a la competencia estatal sobre las bases” –STC 48/1988 de 22 de marzo–. Pero como también admitía este mismo Tribunal, una solución de este tipo «sólo sería constitucionalmente legítima en aquellos casos excepcionales en que la intervención separada de las diversas Comunidades Autónomas no permitieran salvaguardar la eficacia de las medidas a tomar, y resulte necesaria una decisión unitaria del Estado a causa de poderosas razones de seguridad y grave y urgente necesidad que justifiquen la utilización estatal sobre bases de la dependencia en materia de protección del medio ambiente y para evitar daños irreparables” –recientemente, y siempre con respecto a la materia de protección ambiental, han reiterado esta misma idea las SSTC 194/2004, de 4 de noviembre y 33/2005, de 17 de febrero–. En esta misma línea, la STC (Pleno) 103/1999, de 3 junio señaló que si bien excepcionalmente se había llegado a admitir el traslado de la titularidad de determinadas competencias ejecutivas en supuestos en que se atribuía la legislación al Estado y la ejecución a las Comunidades Autónomas, esto sólo sería posible “cuando además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del fenómeno objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aún en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo por mecanismos de coordinación o cooperación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar la atribución a un único titular que forzosamente debe ser el Estado» –STC 48/1988 de 22 de marzo–. Y algo similar cabe deducir de otras diversas Sentencias del Tribunal Constitucional

confianza e incluso lealtad entre las diversas administraciones autonómicas como partes, todas ellas, de una misma estructura estatal, y que, además, debía ser, volvemos a repetir, al menos a nuestro juicio, la regla más eficiente en casos como estos en los que los requisitos establecidos eran básicamente organizativos, siendo la Administración autonómica del domicilio o sede la que más eficientemente y con mayor facilidad para el administrado podía entrar a valorarlo.

En este sentido, un rápido análisis de los requisitos que implícita o explícitamente establecían y establecen los nuevos artículos de la Ley 56/2003 dedicados a la materia –y que eso sí, deberán ser completados con lo que establezca su futuro desarrollo reglamentario–, nos indicaban que estos se centraban básicamente –más en la era de las nuevas tecnologías, Internet y videoconferencias– en aspectos organizativos mientras se omitían, al menos en principio<sup>157</sup>, los aspectos de solvencia económica, garantía financiera o de extensión territorial que algunos postularon<sup>158</sup>. Y ello porque del art. 21.bis Ley 56/2003 –en conexión con los art. 22, 22.bis LE y 16.2 ET– se deducía ahora que los solicitantes debían al menos:

- Ser personas físicas o jurídicas –art. 21.bis.2 LE–, tal como, por otra parte, ya exigía anteriormente el art. 1 RD 735/1995<sup>159</sup>. Recuérdese, además, que como reitera el nuevo art.16.2 ET éstas pueden ser tanto públicas como privadas.
- Deberán disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los Servicios Públicos de Empleo para poder así cumplir con las obligaciones de suministro de información a aquellos, con la periodicidad y forma que

como la STC 243/1994, de 21 de julio en relación con la autorización de las entidades de inspección y control de seguridad industrial, la STC 175/1999, de 30 de septiembre sobre control policial de libros-registro y otros documentos obligatorios para determinados establecimientos o la STC 223/2000, de 21 de septiembre en relación con inscripción registral de operadores de gases licuados del petróleo. Una interesante recapitulación de estas cuestiones al hilo de los problemas derivados de la supra y de la extraterritorialidad en la Sentencia 173/2005, de 23 de junio de 2005.

<sup>157</sup> Mucho más lejos llega, por ejemplo, A. Dorrego de Carlos, “La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT”, en *Diario la Ley*, 14 de octubre de 2010, n. 7488, para quien “en ningún caso en dicho reglamento se podrán establecer condiciones basadas en el tamaño de las empresas o en la amplitud del despliegue territorial ni el establecimiento de garantías financieras adicionales que limiten las posibilidades de obtención de tal autorización por empresas de reducida dimensión funcional o territorial”.

<sup>158</sup> Véase F. Pérez de los Cobos “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5. De hecho, el mismo autor reconoce que, a pesar de la amplia libertad en este punto del legislador, no parece que tales exigencias vayan a incorporarse al futuro reglamento, a pesar de la necesidad de esperar al mismo dada la amplitud en este punto de la remisión legal –F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16–.

<sup>159</sup> Posibilidad esta que a algunos autores ha causado perplejidad, Véase F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16. Destaca esta continuidad B. García Gil “Servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación y empresas de trabajo temporal” en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, (dir. A. Sempere, R. Martín) Aranzadi, 2010, p. 121.

se determine reglamentariamente sobre los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con dichas ofertas<sup>160</sup> –art. 21bis.4.a y d LE–.

- En tercer lugar, deberían elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados integrantes de los colectivos mencionados en el artículo 26 de la Ley de Empleo, que concluyan con la colocación de aquéllos, en los términos que se determinen reglamentariamente en función de la situación del mercado de trabajo –sobre la función de los mismos dentro del esquema de la reforma volveremos inmediatamente–art. 21.bis.4.c LE–.
- Además, deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad, no pudiendo establecer discriminación alguna, tanto directa como indirecta –esto es, por el impacto desigual sobre el colectivo de un criterio aparentemente neutro– (art. 22 y 22.bis LE y art. 16.2 ET)<sup>161</sup>.
- Del mismo modo que deberán prestar sus servicios de forma gratuita para el trabajador –art. 22.4 LE y art. 16.2 ET–, sin que, como hemos dicho, se prevea, al menos por el momento, excepción alguna, como en cambio autoriza, siempre “en interés de los trabajadores afectados”, y para determinados servicios y categorías de trabajadores, el art 7.2 C. 181 OIT.
- Deberán igualmente cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertado y el perfil académico y profesional requerido, a fin de excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad, evitando discriminaciones en ocasiones incluso no perceptibles derivadas de la falta de relación entre las exigencias del puesto de trabajo y los requisitos exigidos al demandante –discriminación indirecta o impacto desigual de criterios aparentemente neutros que no encuentran justificación objetiva y suficiente– (art. 21.bis.4 f LE).
- Mientras que deberán cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social –art.21.bis.4.e LE), de protección de datos así como la intimidad

<sup>160</sup> Véanse actualmente los art. 7 y 8 del RD 735/1995. No obstante, en este punto es obvio que, como ya hemos señalado, dichas obligaciones de información podrán variar en función de su consideración o no como entidad colaboradora, y el ámbito al que en su caso se extienda dicha colaboración. De ahí que la nueva redacción del art. 21.bis.5 Ley 56/2003 establezca que en el convenio de colaboración que en su caso ratificasen la AC y el SPE deberán regularse los mecanismos de comunicación de los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo del art. 231 LGSS; algo que, a contrario sensu, no será exigible en el caso de las empresas autorizadas meramente “coordinadas”, seguramente a través, básicamente, de estos deberes de información.

<sup>161</sup> Destacando la importancia de este principio B. García Gil “Servicios públicos de empleo...”, cit., p. 124. Recuértese la infracción muy grave establecida en el art. 16.2 LISOS y que adelanta a la mera solicitud de datos el tipo.

y la dignidad de los trabajadores –art. 21.bis 4.b LE –. Sin poder detenernos en este tema, obsérvese al menos que la redacción definitiva establecida por el art. 14.2 Ley 35/2010 es ciertamente diferente al texto inicial proveniente del RDL 10/2010. En aquel caso, la norma se refería, mucho más ampliamente, a “*garantizar la aplicación y el cumplimiento*” de esta misma normativa, lo que podía inducir a plantear la posible consideración de estas agencias como “garantes” del cumplimiento de sus obligaciones por parte de las empresas que demandaran sus servicios. En el texto finalmente vigente esta duda parece haber desaparecido, debiendo, no obstante, las AC cumplir en este punto la obligación general de no dar publicidad o difusión a ofertas de empleo que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación –art 15.5 LISOS–.

- Además, es llamativa la importancia que se presta a los aspectos de intimidad y protección de datos. Tan es así, que menciones a este cumplimiento se incorporan ahora específicamente en los art. 21.bis.4.b y 22.1 del texto resultante de la Ley de Empleo y al art. 16.2 ET. Y todo ello sin olvidar que, además, en la nueva redacción de la infracción muy grave recogida ahora en el art. 16.2 RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto<sup>162</sup> no sólo se sanciona –como ha sido tradicional– el establecimiento de condiciones discriminatorias para el acceso al empleo, sino también y adelantando la protección, la mera solicitud de estos datos<sup>163</sup>.
- Ello responde, sin duda, a los nuevos riesgos derivados del mayor número de datos accesibles a través de Internet, y los peligros que conlleva, por ejemplo, el acceso a estos datos a través de redes sociales cada vez más generalizadas<sup>164</sup>. En estos casos, como decimos, serán aplicables las reglas generales de la LO 15/1999, y, en especial, el art. 6 del Convenio 181<sup>165</sup> debiendo las agencias recoger aquellos datos que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidad legítimas para las que han sido obtenidos<sup>166</sup>.

Por ahora, nos interesa resaltar –retomando el discurso sobre la autoridad competente para conceder la autorización–, que, como era previsible aquella primera re-

<sup>162</sup> En la redacción dada por el art. 18.3 Ley 35/2010.

<sup>163</sup> Se comparten aquí las interesantes observaciones y la interpretación de J.M. Goerlich Peset, “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 16.

<sup>164</sup> Una valoración similar J.M. Goerlich Peset, “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 15.

<sup>165</sup> De acuerdo con el cual “El tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas deberá: a) efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales; b) limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente”. Pero ello plantea problemas que nuevamente desbordan el estrecho margen de estas páginas, meramente introductorias del contenido de la reforma.

<sup>166</sup> Por todos, M.B. Cardona Rubert, “Las agencias de colocación en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 261.

dacción no dejó de suscitar una cierta polémica, en la que, quizás de forma perversa, haya podido influir el temor a que, de conservarse este originario marco normativo, alguna concreta Comunidad Autónoma hubiera podido acabar asumiendo en la práctica la competencia sobre la inmensa mayoría de AC de una cierta importancia o dimensión.

Por ello, ya en su tramitación en el Congreso se planteó por alguna enmienda su modificación, proponiendo incluso un aparente fortalecimiento de la centralización del sistema<sup>167</sup>. Y de hecho, en su momento, el Informe de la Ponencia del Congreso proponía el retorno básicamente al modelo tradicional al incorporar una nueva redacción del art. 21.bis.2 de acuerdo con la cual *“La autorización, que será única y tendrá validez en todo el territorio español, se concederá por el Servicio Público de Empleo Estatal en el supuesto de que la agencia pretenda realizar su actividad en diferentes Comunidades Autónomas, o por el equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que la agencia únicamente pretenda actuar en el territorio de una Comunidad”*<sup>168</sup>. Sin embargo, lo cierto es que el texto aprobado finalmente por la Comisión de Trabajo e Inmigración con competencia legislativa plena conservó el criterio de la sede y, por tanto, la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas<sup>169</sup>.

Pues bien, estas mismas dudas se plantearon en el Senado, si bien en este caso fue el propio Grupo Socialista el que propuso la vuelta, más o menos matizada, al sistema anterior mediante una enmienda, la 241, que se justificó por la necesidad de una mejor “adecuación” al “reparto competencial entre Administraciones” y el respeto a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009. De hecho se señalaba que “la nueva redacción” propuesta “permite mantener los caracteres esenciales con que se configura la autorización (validez y ámbito funcional único) si bien es más acorde con el marco competencial autonómico”<sup>170</sup>. Esta vez la enmienda sí fue aceptada por el Senado<sup>171</sup> y finalmente admitida por el propio Congreso<sup>172</sup>.

<sup>167</sup> Enmienda 14 del Grupo Mixto –BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-81-8 de 27/07/2010– «2. Las personas físicas o jurídicas que deseen actuar como agencias de colocación deberán obtener autorización del Servicio Público de Empleo Estatal, que será única y con validez en todo el territorio español, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente. El vencimiento del plazo máximo del procedimiento de autorización sin haberse notificado resolución expresa al interesado supondrá la desestimación de la solicitud por silencio administrativo, con el objeto de garantizar una adecuada protección de los trabajadores”.

<sup>168</sup> BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-81-10 de 04/08/2010.

<sup>169</sup> BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-81-11 de 05/08/2010; BOCG. Senado Núm. II-72-a de 09/08/2010.

<sup>170</sup> BOCG. Senado núm. II-72-d de 17/08/2010.

<sup>171</sup> BOCG. Senado núm. II-72-f de 01/09/2010.

<sup>172</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 187, Pleno y Diputación Permanente. Sesión celebrada el jueves, 9 de septiembre de 2010.

En definitiva, y como resultado de esta compleja discusión, el texto definitivo del art. 21.bis.2 Ley 56/2003, en la versión dada por el art. 14.2 Ley 35/2010, señala finalmente que esta *“autorización, que será única y tendrá validez en todo el territorio español, se concederá por el Servicio Público de Empleo Estatal en el supuesto de que la agencia pretenda realizar su actividad en diferentes Comunidades Autónomas, o por el equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que la agencia únicamente pretenda actuar en el territorio de una Comunidad”*.

Dejando a un lado otras cuestiones, como la pretendida mejor adecuación de estas reglas al reparto competencial establecido en el actual bloque constitucional, o la imposición de un sistema telemático común y que permita integrar toda la información de manera que en todo momentos se pueda saber qué agencias operan en cada territorio<sup>173</sup>, de lo que no cabe duda es que la solución que se da parece generar bastantes dudas. Y ello porque el nuevo texto pretende buscar un aparente retorno al sistema de atribución de competencia anterior, si bien lo hace incorporando un dato nuevo –y que la propia enmienda socialista pretendió conservar– como es el carácter pretendidamente “único” y “la validez en todo el territorio nacional de esta autorización” –lo que debe conectarse con las exigencias de la Directiva Comunitaria 2006/123/CE–, cuando, a continuación, se retoma la posible limitación territorial como criterio en virtud del cual poder otorgar la competencia a una Administración Autonómica. La duda, en definitiva, es si dentro de este esquema cabría –como parece deducirse otros preceptos como el nuevo art. 21.bis.3 LE– volver a limitar el ámbito territorial dentro del cual es lícita la autorización administrativa a aquel que en un principio planteó el solicitante –con lo que se rompería el pretendido carácter único de la autorización y su validez para todo el Estado– volviendo a la lógica del art. 2.4 RD 735/1995, o si el hecho de que pretenda desarrollar su actividad únicamente en una Comunidad no privaría de validez nacional la misma a efectos, sobre todo de poder efectuar intermediación para contratos cuya prestación se desarrolle fuera del mencionado ámbito geográfico. Y todo ello tras reiterar que la nueva redacción vuelve a plantear si lo trascendente es el lugar físico donde desarrollará su prestación el futuro trabajador, o si se refiere sólo a la apertura de centros de trabajo. Quizás en este punto una solución viable en el nuevo entorno tecnológico y comunitario sería permitir que con cualquier tipo de autorización una agencia de colocación pudiera gestionar solicitudes de todo el territorio, exigiendo sólo una “ampliación” de la autorización –que no una nueva, con lo que ello supone, por ejemplo en relación con su tramitación administrativa– cuando se quieran establecer centros de actividad y negocio fuera del campo de la autorización original Pero, como decimos, parece evidente la necesidad en este punto de esperar al “inminente desarrollo reglamentario” de esta concreta cuestión.

<sup>173</sup> Nuevo art. 21.bis.3 de la Ley 56/2003 en la nueva redacción dada por el art. 14.2 Ley 35/2010.

Por otra parte, y conectado con lo anterior, lo que desde luego permanece incólume es el carácter negativo del silencio<sup>174</sup>. A pesar de lo hoy establecido en el art. 43 Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 25/2009 de 22 de diciembre<sup>175</sup> —en virtud de la cual “en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado..., el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario”<sup>176</sup>—, la propia Ley de Empleo se encarga ahora de declarar este carácter negativo del silencio justificándola en la necesidad de “garantizar una adecuada protección de los trabajadores”, engarzando así con la posibilidad abierta, aun de forma excepcional, en el art. 12.4 Directiva 2006/123/CE<sup>177</sup>.

Un cuarto aspecto que nos interesa destacar es la atención que presta la reforma a los servicios que podrán prestar estas agencias de colocación, dando de ellos una definición ciertamente amplia<sup>178</sup>, en la línea marcada por el Convenio 181 y que de hecho, y en conexión con la nueva redacción dada al art. 16.1 LISOS<sup>179</sup> parece ampliar el ámbito de su actuación<sup>180</sup> y, por tanto de la corres-

<sup>174</sup> F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16; J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 13 del original impreso.

<sup>175</sup> De modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio —BOE de 23 de diciembre de 2009, n. 308—.

<sup>176</sup> Recuérdese, no obstante, que la Disposición adicional cuarta de la mencionada Ley, bajo el título “Aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes”, establece que “A los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto”.

<sup>177</sup> Recuérdese que, de acuerdo con el art. 13.4 “A falta de respuesta en el plazo fijado o ampliado con arreglo al apartado 3, se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros”. Véase, igualmente el art. 6 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

<sup>178</sup> Coincidiendo así con las propuestas, por ejemplo, de F. Pérez de los Cobos “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5. En esta misma línea B. García Gil “Servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación...”, cit., p. 121.

<sup>179</sup> «1. Ejercer actividades de intermediación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados.»

<sup>180</sup> Por todos, J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 14 del original impreso; M. B. Cardona Rubert, “Las agencias de colocación en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 258.

pondiente autorización administrativa<sup>181</sup>. Según el RDL y la posterior Ley estas serán los siguientes:

- actividades de intermediación laboral, entendiendo por tal el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación.
- actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal y
- recolocación, como veremos inmediatamente

En cambio, se afirma expresamente que las AC no podrán poner trabajadores a disposición de empresas usuarias; esto es, no podrán prestar el servicio que actualmente ofrecen las ETT. De hecho, el artículo 15.2 Ley 35/2010 añade un apartado 3 al artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores de acuerdo con el cual: “la actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas se realizará exclusivamente por empresas de trabajo temporal de acuerdo con su legislación específica”<sup>182</sup>. Y además, esta exclusión es bidireccional: esto es, las AC no podrán hacer trabajo temporal porque se lo prohíbe el artículo 16 ET; pero las ETT tampoco podrán ofrecer ninguno de los servicios que se permiten a las AC porque siguen obligadas por el deber de actividad exclusiva que les impone la Ley 14/1994, que no ha sido modificada en este punto<sup>183</sup>. Y ello a pesar de las diversas enmiendas que en su tramitación parlamentaria plantearon la posibilidad de esta agregación de funciones y, por tanto, de ampliación progresiva del campo de la autorización. Es más, en el texto, primero del RDL 10/2010 y, más tarde, de la Ley 35/2010, parecía y parece latir un deseo de que las AC sean una posible alternativa al uso generalizado de las ETT, equilibrando el peso de unos operadores que, hasta hora, estaba claramente inclinado hacia el lado de la interposición.

En este sentido, lo último que querríamos indicar es que, al menos a nuestro juicio, esta ampliación de las posibles funciones de las AC no parece implicar necesariamente que las entidades que desarrollen sólo estas funciones de orientación,

<sup>181</sup> F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16. Obsérvese, en este sentido, que la DT 10 Ley 35/2010 establece que los servicios integrados para el empleo, dispondrán de un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de las disposiciones de desarrollo de esta Ley, para adecuarse a la nueva regulación de las agencias de colocación y solicitar la correspondiente autorización, conforme al artículo 21.bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Una vez superado el citado plazo, las empresas o entidades que no cuenten con la citada autorización no podrán continuar desarrollando estas actividades.

<sup>182</sup> Cfr. B. García Gil “Servicios públicos de empleo...”, cit., p. 124.

<sup>183</sup> Muy crítico a este respecto F. Pérez de los Cobos Orihuel, “La reforma laboral...”, cit., p. 2 del original impreso; F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16, destacando, además, las amplias posibilidades de que, a través de empresas del mismo grupo, una organización básicamente dedicada a la actividad de interposición mediante una de sus empresas, acabe actuando mediante otra en el ámbito de la intermediación.



información o selección –por ejemplos, las agencias de selección–, y no en sentido estricto el proceso de intermediación, tengan que ser necesariamente consideradas como AC y, por tanto, deban cumplir necesariamente los requisitos establecidos por la misma. Es cierto que de esta forma se avanzaría en la línea recogida en el Convenio 181 OIT. Pero no lo es menos, al menos a nuestro juicio, que lo pretendido por el nuevo art. 21.bis.1 Ley 56/2003 es, sobre todo, permitir expresamente el ejercicio de estas actividades por parte de AC.

Una vez analizada esta regulación podemos señalar algunos datos relevantes respecto de estas nuevas agencias de colocación. Lo primero es la inadecuación de la denominación, ya que en los términos en los que quedan tras el RDL 10/2010 no hacen en sentido estricto colocación, sino intermediación; y pueden hacer también –y como veremos– recolocación.

Lo segundo, que al regularlas se produce una novedad respecto del Derecho del Empleo español, en el sentido de que se rompe la ecuación: un sujeto, una actividad, que era la que regía hasta ahora. La AC nueva va a poder desarrollar diversas funciones, expresamente señaladas en la norma que las regula. Además, se presta mucha atención a la relación entre las AC y los SSPE, algo muy de agradecer ya que lo importante en estos momentos es la colaboración entre operadores del mercado; mientras que hasta ahora el énfasis de la regulación se había puesto más en la ordenación y, sobre todo, control de éstos. En la práctica, estas nuevas AC están más cerca del modelo de “agencia de empleo” que algunos defendían, en cuanto pueden acumular varias funciones y prestar diversos servicios. La denominación que el legislador laboral ha querido darle a estos operadores, claramente continuista, no debe llevarnos a engaño, pues los cambios producidos en estos sujetos han sido importantes (Rodríguez-Piñero Royo).

Un tercer dato relevante es que las nuevas AC vienen a sustituir por completo a las antiguas agencias de colocación sin fines lucrativos, sin que se prevea la subsistencia de éstas y su convivencia con aquéllas. Así lo indicaba la Disposición transitoria décima del RDL 10/2010 –ahora DT 10 Ley 35/2002–, dedicada específicamente a las agencias de colocación, respecto de las que se afirma: “*las actuales agencias de colocación autorizadas de acuerdo con el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo, dispondrán de un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de las disposiciones de desarrollo de esta Ley, para adecuarse a la nueva regulación de las agencias de colocación y solicitar la correspondiente autorización, conforme al artículo 21.bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Una vez superado el citado plazo, las empresas o entidades que no cuenten con la citada autorización no podrán continuar desarrollando estas actividades*”.

En cuarto lugar, quisiéramos reincidir en el notable contraste entre el detalle con que se tratan estas agencias en el RDL 10/2010 y en la posterior Ley 35/2010, y la escasa atención recibida por los SSPE. La reforma de 2010 se centra así en un agente

hasta ahora secundario o casi marginal dentro de la intermediación en el mercado de trabajo –las agencias privadas de colocación– en vez de en los verdaderos actores principales de éste, los servicios públicos y las ETT. Confía las mejoras en su funcionamiento a unos sujetos hoy casi inexistentes, con la esperanza de que la nueva perspectiva del beneficio atraiga a una iniciativa privada hasta ahora poco entusiasta respecto de la actividad de intermediación. Habrá que esperar a que las empresas se involucren en la colocación, y desarrollen un conjunto de entidades capaces de marcar una diferencia para ver hasta que punto la apuesta del legislador fue acertada.

En cualquier caso, lo que sí pretende abordar la reforma es el temor, sobre todo sindical, de que la extensión de esta figura acabase generando en la práctica un doble canal de intermediación, socialmente discriminatorio; esto es, un doble canal en el que estas AC y sus servicios, en teoría de mayor calidad, se concentrasen en la franja de demandantes de más fácil colocación y en donde mayor pudiera ser el lucro, mientras que la actividad de los servicios públicos se acabaría focalizando, por el contrario, en los colectivos de mayor dificultad de inserción y menor empleabilidad.

Es seguramente este temor el que, como ya hemos visto, ha provocado la novedosa incorporación –en el art. 21.bis.4.c de la Ley de Empleo– de la obligación para estas AC de elaborar y aplicar planes específicos para la colocación de los colectivos prioritarios del art. 26 LE. Tras reiterar la amplísima libertad que en este punto el legislador otorga al poder reglamentario, sí nos gustaría resaltar que, al menos en nuestra opinión, esta libertad no debería llegar hasta tal punto que permitiera un cumplimiento meramente formal de esta obligación. Muy al contrario, del tenor literal de la norma, y de la reiteración expresa de que estas actuaciones “concluyan con la colocación” parece deducirse la necesidad de desarrollar acciones reales, de alcanzar un determinado nivel de gasto en acciones destinadas a este colectivo, o incluso de exigir resultados, y, por tanto, de lograr también un porcentaje mínimo de colocaciones que, obsérvese, de exigirse rigurosamente, podría suponer una importante barrera de entrada al sector. Pero, en cualquier caso, también en este punto deberemos esperar al anunciado desarrollo reglamentario de la nueva regulación legal para analizar el mayor o menor rigor con el que finalmente se plasme esta exigencia.

#### 4.4.2. Algunas notas sobre las empresas de recolocación

Otro ámbito de la iniciativa privada en el mercado de trabajo en el que se producen cambios relevantes es el de la actividad de recolocación<sup>184</sup>; una actividad ya mencionada en su momento en el anterior AMCE –pero sin que aquella mención

<sup>184</sup> Sobre la misma, por todos, G. Sobrino González, “Las empresas de outplacement y la intermediación laboral”, en *Relaciones Laborales*, 2006, n. 7 (la Ley 706/20006); M.A. Sastre Castillo, “Outplacement: una aproximación a una realidad teórica” en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1995, n. 6.

acabara teniendo mayor repercusión jurídica<sup>185</sup>—, a cuya regulación ya instaba la DA 4 Ley 27/2009, de 30 de diciembre<sup>186</sup>, y que sin duda debe jugar un papel sustancial en la construcción de mercados de trabajos transicionales, no solo en el plano de la orientación y el apoyo individual, sino también, y sobre todo, como posible contenido alternativo de los planes sociales, frente a unas jubilaciones anticipadas cada vez más limitadas ante los problemas derivados del envejecimiento de la población.

Para comprender esta regulación debemos partir de una premisa. Y es que, al igual que en su momento ocurrió con las Empresas de Trabajo Temporal, la actividad de *outplacement* o recolocación —pues habitualmente, y hasta ahora, ambos términos se utilizaban indistintamente— ya existía en nuestro país bastante antes de esta reforma. Pero eso sí, se ejercitaba fuera del estrecho marco de las agencias no lucrativas de colocación. Y ello porque estas empresas —normalmente autodenominadas como “consultoras”— alegaban que sus servicios no siempre eran coincidentes con la actividad típica y tradicional de aquellas agencias<sup>187</sup>, limitándose, al menos en teoría, a proporcionar información y apoyo a las personas que pierden su puesto de trabajo para que consigan otro a la mayor brevedad<sup>188</sup>; o, en palabras de la propia Asociación Española de Consultoras de Outplacement (AECO) bajo esta denominación debería subsumirse al “conjunto de servicios proporcionados por una empresa consultora especializada a aquellos profesionales que deben buscar un nuevo empleo, para que lo encuentren, de forma que satisfaga sus expectativas, en el menor plazo posible”<sup>189</sup>; en definitiva, una actividad centrada, como recordaba la propia ANEPRE en el apoyo, la evaluación, la reorientación, el reciclaje y la ayuda a la recolocación<sup>190</sup>.

<sup>185</sup> Sobre esta mención J.L. Lázaro Sánchez, “Las escasas novedades en materia de empleo”, en AAVV. *La reforma laboral de 2006*, (coord. J. Cruz Villalón a), Lex Nova, 2006, p. 287.

<sup>186</sup> Véase J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 11 del original impreso.

<sup>187</sup> En el plano internacional, y como recuerda J.L. Lázaro Sánchez, “Las escasas novedades...”, cit., p. 291, en los informes preparatorios del Convenio 181 OIT se alude a las “agencias de asistencia con vistas a la reinserción profesional y la recolocación” considerándolas incluidas en el apartado c del art.1, junto con otras entidades como las consultoras en materia de inserción profesional, las consultorías en gestión del personal, las gestorías de espacios publicitarios dedicados al empleo, y las gestorías de bancos de datos informáticos sobre el empleo.

<sup>188</sup> Un amplio elenco de definiciones doctrinales en M.A. Sastre Castillo, “Outplacement: una aproximación ...”, de acuerdo con el cual «Es el servicio que una empresa aporta a uno o varios trabajadores despedidos, bien por sus propios medios bien a través de consultores externos, a través del cual se ofrece a dicho(s) trabajador(es) el asesoramiento, la formación y los medios necesarios para lograr una transición en su carrera, consiguiendo un nuevo trabajo en otra empresa lo más adecuado posible a su perfil y preferencias en el menor plazo posible, reduciendo así los perjuicios económicos y psicológicos que genera toda situación de despido”. Esta misma definición es la asumida por G. Sobrino González, “Las empresas de outplacement...”, cit., p. 2 del original impreso.

<sup>189</sup> <http://www.rhmagazine.com/aeco/que.htm>.

<sup>190</sup> <http://www.anepre.es/>.

En general, las actuaciones de estos consultores estaban bastante estandarizadas incluyendo la elaboración de un inventario profesional que incluía e incluye motivaciones personales y competitivas; definiendo uno o varios proyectos profesionales, aportando herramientas de prospección de mercado y de búsqueda activa y guiada en su campaña activa de búsqueda de empleo, para el que solían y suelen ponerse a disposición del trabajador medios materiales —despacho, teléfono— o incluso personales —administrativo—, prestando ayuda psicológica y auxiliándose en la recuperación de la confianza perdida, etc.<sup>191</sup> La contratación se realizaba por la empresa cliente<sup>192</sup> siendo de su cuenta los honorarios —por lo que paradójicamente resultaba en teoría gratuito para las partes que finalmente pudieran concertar el posterior contrato de trabajo<sup>193</sup>—. Y aunque teóricamente las empresas de *outplacement* en España no intervenían ni intervienen en el proceso de “desvinculación” —despido o extinción en la terminología jurídica— lo cierto es que se reconoce incluso públicamente que “existe algún tipo de intervención, cuando el cliente lo desea expresamente (sic), en la preparación de la comunicación con el fin de reducir los riesgos de conflictividad”<sup>194</sup>.

Pues bien, en este contexto, y con esta confusión no era extraño, como decíamos, que algunos autores incluyeran este tipo de empresas entre los servicios de mera orientación profesional<sup>195</sup> —al amparo de lo cual, por cierto, se han desarrollado en nuestro país desde los años ochenta<sup>196</sup>—, si bien era evidente que la frontera resultaba ciertamente tenue en la medida en la que de la mera información sobre empresas o sectores hacia los que podía reorientar su actividad —mediante adaptaciones o formación— se podía pasar fácilmente a proporcionar directamente ofertas, con lo que sí podríamos hablar claramente de una tradicional función de intermediación. Y de hecho, esta asimilación a las agencias de colocación era bastante más generalizada en el caso de los denominados *outplacement* colectivos, sobre

<sup>191</sup> Sobre las fases de actuación del outplacement individual G. Sobrino González, “Las empresas de outplacement...”, cit., p. 4 del original impreso.

<sup>192</sup> M.C. Rodríguez-Piñero Royo, “Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, en *La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, (ed. J.L. Monereo Pérez), Universidad de Granada, 1996, p. 239 y ss; G. Sobrino González, “Las empresas de outplacement...”, cit., p. 3 del original impreso.

<sup>193</sup> G. Sobrino González, “Las empresas de outplacement...”, cit., p. 3 del original impreso.

<sup>194</sup> Sobre esta actividad previa véase M.C. Rodríguez-Piñero Royo, “Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, en *La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, (ed. J.L. Monereo Pérez), Universidad de Granada, 1996, p. 239 y ss.

<sup>195</sup> En este sentido, parece, J.L. Lázaro Sánchez, “Las escasas novedades...”, cit., p. 292-293. Igualmente, aunque manifestando algunas dudas, especialmente en aquellos casos en los que se cree una “antena de empleo” M.C. Rodríguez-Piñero Royo “Outplacement...”, cit., p. 241.

<sup>196</sup> Sobre su entrada en España en 1986 de la mano de la multinacional norteamericana Arco Crede véase G. Sobrino González, “Las empresas de outplacement...”, cit., p. 1 del original impreso.

todo en los supuestos conocidos como “antenas de empleo”<sup>197</sup> en los que un grupo de consultores creaban una plataforma de búsqueda de empleo destinada a captar ofertas, y crear bolsas de empleo.

Desde esta perspectiva, una primera lectura del nuevo art. 21.bis.1 in fine de la Ley de Empleo –“*las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas...*”– podría llevarnos a concluir, quizás de forma algo ligera o apresurada, que la reforma –siguiendo en este punto propuestas previas del propio gobierno<sup>198</sup>– habría aclarado plenamente la situación de estas “consultoras” convirtiéndolas sin más en agencias “especializadas” –especialización tampoco muy aclarada en relación con su régimen jurídico legal– de colocación, al mismo tiempo que potenciaba su utilización en los supuestos de despidos colectivos –nuevo art. 51.4 ET–.

Pero si, por el contrario, hacemos una lectura más detenida, global y sistemática de este precepto, lo cierto es que la cuestión dista de ser tan clara y evidente. Y ello porque la técnica legislativa empleada permite plantear al menos algunas dudas sobre si todas las empresas que hasta ahora se dedicaban a la recolocación quedarían necesariamente englobadas en esta calificación y si, por tanto, todas ellas necesariamente deberían transformarse en agencias de colocación.

Para comprender estas dudas debe partirse de que el art. 21.bis.1 in fine LE define las empresas de recolocación como agencias especializadas en “*la actividad a que se refiere el artículo 20.2*”. Y que, por tanto, y desde una interpretación sistemática cabría sostener que tan sólo aquellas entidades que desarrollaran, ya fuera las actividades del apartado 1, ya fuera las del apartado 2 del nuevo art. 20 LE deberían tener esta consideración de agencias de colocación.

El problema surge por el hecho de que el art. 21bis.1 LE, no sólo no define qué es o en qué procesos se estructura esta actividad de recolocación –olvidando, como decimos, la amplia experiencia del sector– sino que, sobre todo, parece limitar su equiparación a la intermediación cuando estas se utilizan en los supuestos contemplados en el nuevo art. 20.2 LE; esto es, en los “*procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación*”. Y ello es importante en la medida en la que el encuadramiento general de esta actividad en el campo de las *reestructuraciones*, las menciones a los planes sociales como ámbito natural de su establecimiento o fijación convencional<sup>199</sup> y la referencia a estas empresas en el ámbito de los despidos colectivos en la

<sup>197</sup> Calificándolas como agencias de colocación G. Sobrino González, “Las empresas de outplacement...”, cit., p. 9. La autora, es especialmente clara al considerar que en los supuestos de antena de empleo nos encontramos ante una agencia de colocación.

<sup>198</sup> Véase J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 11 del original impreso.

<sup>199</sup> Sobre los programas de reciclaje como contenido de los planes sociales véase J.M. Serrano García, *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, 2002, p. 227.

nueva regulación del art. 51.4 ET<sup>200</sup> podrían incluso suscitar la duda de si la actividad a la que se refiere el art. 20.2 LE pudiera abarcar necesariamente sólo un tipo del *outplacement*, el que hemos denominado colectivo<sup>201</sup>–y que, como ha recordado la propia organización del sector no es, normalmente, el más importante dentro de las actividades desarrolladas por el mismo<sup>202</sup>, mientras que, por el contrario, podría no abarcar en su totalidad al individual, básicamente cuando la extinción no esté conectada con causas económicas, técnicas u organizativas, a las que tradicionalmente se hace referencia con el término reestructuración (art. 51.4 y 52.c ET en conexión con el art. 64.1.5 ET)–.

La omisión de una clara identificación del concepto de recolocación con las labores de evaluación, orientación, formación apoyo, y asesoramiento, típicas de estas empresas, y, sobre todo, su aparente “limitación” a los supuestos de reestructuraciones colectivas o plurales, ya sean estas impuestas o pactadas colectiva o individualmente<sup>203</sup>, hacen que, sobre todo en el marco propio de la tipicidad de una hipotética sanción administrativa, pudieran plantearse dudas sobre si aquellas empresas dedicadas a las actividades antes mencionadas –y que no encajaran en la definición general del art. 20.1 LE– en supuestos de despido no económico, sino disciplinario o por simple pérdida de confianza en el alto directivo –y que difícilmente pueden encuadrarse en el concepto reestructuraciones– tendrían que haber obtenido esta autorización como agencias de colocación. Y ello porque desde esta última perspectiva ciertamente restrictiva, la identificación positiva entre interme-

<sup>200</sup> Como es bien sabido, estas empresas, o *rectius*, agencias, son también mencionadas expresamente en el nuevo apartado 4 del art. 51 ET –de acuerdo con la redacción dada por el art. 2.3 de la Ley 35/2010– de acuerdo con el cual, y por lo que aquí interesa “*la consulta con los representantes legales de los trabajadores... deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. En todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan de acompañamiento social que contemple las medidas anteriormente señaladas...*”.

<sup>201</sup> Algunos ejemplos de ella en J.M. Serrano García, “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2009, n. 99, p. 226-227.

<sup>202</sup> Al estar centrado en colectivos de salario medio-bajo, frente a los altos salarios que caracterizan a los directivos y mandos que se acogen individualmente a los distintos programas de *outplacement* individual que ofrecen este tipo de empresas.

Más información en <http://www.rhmagazine.com/aeco/como.htm>. Sobre esta distinción G. Sobrino González, “Las empresas de outplacement...”, cit., p. 3 del original impreso.

<sup>203</sup> El hecho de que se mencione tanto su imposición, como su acuerdo, ya sea con los representantes colectivos o con los propios trabajadores, hace que, más que un requisito, estas referencias parezcan, sobre todo, una nueva invitación a incorporar estas medidas en los procesos de desvinculación y reestructuraciones colectivas.



diación y agencias de colocación seguiría siendo perfecta. La intermediación, en su nueva extensión, esto es tal como es definida en el art. 20.1 y 2 LE sólo podría ser realizada por agencias de colocación. Pero seguiría también jugando la regla inversa. Esto es, que fuera de tal concepto de intermediación –del que aparentemente quedaría excluida la recolocación individual en procesos ajenos a reestructuraciones– no sería exigible, ni esta consideración de agencia de colocación, ni la consiguiente autorización administrativa.

De esta forma, y según esta interpretación, el legislador, en el marco de opción que le brinda el art. 1.3 C. 181 OIT habría optado claramente por considerar agencias de colocación las primeras –básicamente el *outplacement* colectivo, antenas de empleo y el *outplacement* plural o incluso individual ligado a procesos de reestructuración– mientras que los restantes supuestos, que no estuvieran ligados a estos procesos –quizás las que menos interesen a los sindicatos por el poder económico del desempleado, normalmente un alto directivo y por su no concurrencia con jubilaciones anticipadas ni despidos colectivos para el gobierno– podrían considerarse en gran parte desreguladas, siempre que no intervinieran en estos procesos de reestructuración.

En definitiva, y desde esta perspectiva, la cuestión no se centraría ya en el concepto de recolocación, sino en el de reestructuración, lo que desde luego no parece muy afortunado, ni lógico si, como parece deducirse de los antecedentes de la reforma, lo que realmente se pretendía era la consideración global de estas empresas como agencias de colocación. Seguramente el deseo del legislador de incentivar el uso de estos mecanismos y empresas –rectius, agencias– en los procesos, sobre todo colectivos, de reestructuraciones, ha llevado a una redacción no muy afortunada del art. 20.2 LE que, literalmente interpretado, y como decimos, trasladaría el núcleo de la cuestión de un concepto legal de recolocación ciertamente no desarrollado por el legislador, a un término ciertamente complejo como es el de reestructuración, planteando disquisiciones y discriminaciones ciertamente complejas o incluso poco comprensibles en función de la causa de la extinción.

Por ello seguramente tendremos que esperar a la decisión en este punto de las empresas que hasta este momento han venido desarrollando la labor de recolocación para saber si estas disquisiciones se convierten en un semillero de problemas, sobre todo para la Inspección de trabajo, o si al admitirse ahora el lucro entre estas agencias, se produce una solicitud generalizada de este tipo de autorización, disolviendo sin más esta cuestión y relegándola a una controversia sobre la mejor o peor técnica jurídica de estos preceptos.

En cualquier caso, y dando un paso más allá, la ley tampoco ha añadido mucho más sobre el contenido de esta futura regulación, salvo eso sí, su promoción como posible contenido de los planes sociales ex art. 51.4 ET. Es cierto que existen modelos a nivel comparado, o experiencias en relación con su incorporación en planes sociales que podrían inspirar en algunos puntos este desarrollo reglamentario; que la propia reforma y los documentos del gobierno dan pistas de lo que parece será

o deberá ser su núcleo de actuación<sup>204</sup> al incorporarlo en la regulación de las reestructuraciones o despidos colectivos –art. 51.4 ET–; y que en España, la principal organización empresarial dispone incluso de un código ético, algunas de cuyas prescripciones quizás pudieran y debieran ser incorporadas a los mecanismos normativos heterónomos, más seguros y, sobre todo, vinculantes<sup>205</sup>.

Pero como decimos, poco más de esto puede decirse a ciencia cierta hasta el futuro y, obviamente necesario, desarrollo reglamentario de esta figura; un desarrollo reglamentario sin el cual, obsérvese, ni tan siquiera la calificación de estas entidades como agencias de colocación habría entrado en vigor. De ahí que pudieran seguir prestando servicios hasta dicho momento en la misma anomia legal que hasta hoy se mueven siempre que, obviamente, desarrollen funciones de mero asesoramiento y no de intermediación en su sentido tradicional y más concreto.

#### 4.5. La reforma de las ETT

Por otra parte, y como ya hemos señalado, el otro gran pilar de la reforma de 2010 se concentra en la modificación de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, cuya regulación, por cierto, sigue quedando extramuros de la Ley de Empleo y sin que, por tanto, se haya modificado la escasa conexión establecida hasta el momento por la DA 2 Ley 56/2003.

El punto de partida de esta reforma era una regulación tradicionalmente restrictiva respecto de esta actividad, que encontraba en España un marco normativo

<sup>204</sup> En este sentido recuerda J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 11 del original impreso, como en dicho documento se instaba a la aplicación a estas empresas de las reglas en él recogidas sobre las AC salvo la relativa a planes específicos para la colocación de trabajadores con especiales dificultades, lo que demuestra nuevamente, la estrecha conexión que en la reforma tienen este tipo de empresas con el *outplacement* colectivo, y en especial con las antenas de empleo, que, como decimos, no suponen en la actualidad la principal actividad de las empresas ya establecidas en este sector.

<sup>205</sup> Específicamente y según la información disponible en la red este código ético establece expresamente los siguientes puntos: “Somos contratados únicamente por la empresa para la que trabaja el candidato o candidatos; \* Somos conscientes de la doble relación que mantenemos con la empresa y con el candidato; \* Prestamos servicios profesionales a cada una de las partes sin perjudicar los intereses de la otra; \* Respetamos la confidencialidad de la información derivada del proceso de *Outplacement* tanto ante la empresa y el candidato como frente a terceros; \* No intervenimos en la decisión de separación, siendo esta responsabilidad exclusiva de la empresa; \* Sólo aceptamos encargos para los que poseemos la cualificación necesaria, y que previsiblemente podamos cumplir con éxito; \* La firma miembro debe aceptar solamente aquellos mandatos para los que está cualificada sobre las bases de un completo conocimiento de la situación del cliente, así como de la competencia profesional y capacidad del consumidor implicado; \* Siempre iniciamos nuestras actuaciones tras recibir la conformidad explícita del candidato y una vez fijado el compromiso irrevocable con la empresa contratante; \* Establecemos la cuantía total de nuestros honorarios a la firma del contrato con la empresa cliente”.

bastante rígido<sup>206</sup>. A partir de esta situación, que muchos consideraban insatisfactoria, se habían iniciado hasta tres líneas de cambio, cada una de las cuales con su propia dinámica y actores, con un claro protagonismo de las empresas y patronales del sector.

Por un lado, se habían dado ya los primeros pasos para operar un cambio en profundidad de la normativa preventiva aplicable a estas empresas. Esta normativa, contenida en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, la propia Ley 14/1994 y el RD 216/1999, imponía a las ETT la exclusión de sectores y actividades enteros, justificada por su especial peligrosidad. Y ya desde un principio, se discutió —obviamente, sobre todo por las patronales del sector— el hecho de que esta exclusión afectase en ocasiones a sectores o actividades enteras —y no a concretos puestos de trabajo—<sup>207</sup>, y que, además, se pretendiese justificar por el carácter colectivo especialmente sensible de los trabajadores temporales, cuando en realidad dichas limitaciones tan sólo se aplicaban a los trabajadores temporales contratados vía ETT y no a los trabajadores temporales contratados directamente.

Un segundo ámbito en el que se proponían reformas desde la parte empresarial<sup>208</sup> era el de las restricciones existentes a su actividad por otras razones, al margen de las preventivas. Éstas existían en dos grandes ámbitos: por un lado, el sector público, para el que la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público prácticamente excluía a estas empresas, con lo que se producía una importante barrera de entrada para el sector, que perdía uno de sus mayores clientes potenciales<sup>209</sup>. Esta exclusión resultaba especialmente dolorosa para las ETT al tratarse de un empleador, el sector público, que hace un uso intenso de la contratación temporal y cuyos procesos de reclutamiento y contratación para cubrir este tipo de demandas de personal son bastante defec-

<sup>206</sup> Sobre esta marco legal, entre otros muchos, C. Chacartegui Jávega, *Empresas de Trabajo Temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; C. Gala Durán, *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por la empresa de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Colex, Madrid, 1998; M. López Balaguer, *Contrato de trabajo y remuneración en la nueva regulación de las Empresas de Trabajo Temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ID., *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: aspectos individuales y colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; M. Rodríguez Piñero Royo, *Las empresas de trabajo temporal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

<sup>207</sup> Destacando esta diferencia en las directivas europeas de referencia en C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, "Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", en AAVV, *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, (dir. I. García Perrote, J.R. Mercader Uguina), Lex Nova, 2010, p. 255.

<sup>208</sup> Sobre estos trabajos previos A. Dorrego de Carlos, "La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT", en *Diario la Ley*, 14 de octubre de 2010, n. 7488.

<sup>209</sup> Esta disposición llevaba por denominación precisamente la de "Límites a la contratación con empresas de trabajo temporal", y afirmaba que "no podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos".

tuosos<sup>210</sup>. Además, y en segundo lugar, junto al sector público, subsistían todavía algunos convenios colectivos que excluían o restringían el acceso a los servicios de las ETT en sus respectivos ámbitos de aplicación.

Y existía, finalmente, un tercer espacio de propuestas respecto de estas empresas, que adoptaba un enfoque y objetivos radicalmente diferentes. Se trataba de enfatizar el papel de las ETT como operadores del mercado de trabajo, ampliando su ámbito de actividad para incluir otras vinculadas con la colocación y el empleo. Se pretendía reconvertir a las ETT —al menos, a algunas de ellas—, en otro tipo de sujetos, proveedores de diversos servicios relacionados con el empleo, a los que se llamaría "agencias de empleo" o "agencias globales de empleo".

Estas tres líneas de propuestas de reforma obedecían a factores exclusivamente nacionales, en particular a la dureza, para algunos, de la legislación española sobre trabajo temporal. Pero se vieron posteriormente potenciados por la aprobación de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal<sup>211</sup>, que fue lo que finalmente condujo a que los cambios normativos llegaran a ser aprobados, como veremos. Otra posible fuente de cambios, que en su momento fue objeto de atención, no llegó a realizarse ni a producir efectos. La Directiva de Servicios en el Mercado Interior<sup>212</sup> optó finalmente por excluir de su ámbito de aplicación a las ETT, con lo que evitó la necesidad de revisar su regulación nacional en cada uno de los Estados miembros para dar cumplimiento a sus finalidades liberalizadoras.

<sup>210</sup> Véase a este respecto el Informe del Consejo Económico y Social del Reino de España de 2004 sobre "La temporalidad en el empleo en el sector público", que llegó a la conclusión de "la existencia de una creciente y excesiva temporalidad, que sobrepasa lo que vendría justificado por las necesidades de las Administraciones Públicas de garantizar el servicio ante necesidades técnicas, coyunturales y urgentes".

<sup>211</sup> Sobre esta norma europea, C. Gala Durán, "La directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España", *Temas Laborales*, 2009, n. 102; J. Lujan Alcaraz, "La directiva sobre empresas de trabajo temporal", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2009, n. 18; O. Rymkevich, "Prospects for the regulation of temporary agency work at EU level", en Blanpain, Tiraboschi, Arellano, *Global labour market: from globalization to flexicurity*, Kluwer, La Haya, 2008; A. Pedrajas, "Empresas de trabajo temporal: nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el Derecho español vigente", accesible en <http://www.tirantonline.com/showNovedad.do?doc=1415493&source=7>.

<sup>212</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Sobre su impacto en las relaciones laborales, entre otros muchos trabajos, C. Barnard, "Unravelling the services directive", *Common Market Law Review*, 2008, Vol. 45, p. 323 y ss.; E. Blázquez Agudo, "El futuro de la libre circulación de trabajadores. Repensando su contenido a partir de la directiva marco sobre mercado interior", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, n. 62; M. Llobera Vila, "La liberalización de los servicios en el mercado interior: "Directiva Bolkestein", subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores", *Revista de Derecho Social*, 2006, n. 36, p. 59 y ss.; M. Martín Martínez, "En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2008, n. 14, p. 135 y ss.; R. Santagata, "La nuova direttiva sui servizi: le ripercussioni del diritto del lavoro", *Diritto, Lavoro, Mercato*, 2006, p. 591.

Como se ha dicho, el movimiento a favor de cambios en la legislación sobre ETT es uno de largo recorrido, que se inició a mediados de la primera década de este siglo. En este sentido, la Recomendación del Consejo de 14 de octubre de 2004 sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros<sup>213</sup> ya reclamaba al Estado español –en línea con el Primer Informe Kok<sup>214</sup>–, “aumentar el atractivo para los trabajadores de las agencias de trabajo temporal”. El informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social, afirmaba al respecto en 2005 que “la experiencia avala la atribución de un nuevo papel a las mismas en la gestión del empleo y en la provisión al mercado de una temporalidad de mayor calidad, para lo cual el marco normativo regulador de la actividad de las ETT, (limitación de su objeto, imposición de sobrecostes, prohibición de utilización en determinados sectores, exclusión de su contratación por las Administraciones Públicas), debería ser coherente con ese nuevo papel”<sup>215</sup>. Y el Programa Nacional de Reformas de 13 de octubre de 2005 señalaba de forma mucho más breve y oscura la necesidad de proceder a la revisión del marco jurídico-laboral de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT)<sup>216</sup>.

Por su parte, el “Documento para la mesa de diálogo social sobre mercado de trabajo”, presentado por el Gobierno el 18 de octubre de 2005, incluía un punto octavo titulado “Medidas para modernizar el marco regulador de las Empresas de Trabajo Temporal”. En este el Gobierno partía de “la experiencia acumulada en los años transcurridos desde la regulación legal de las empresas de trabajo temporal, y las garantías que para su funcionamiento como gestoras del trabajo temporal han introducido tanto las sucesivas reformas legislativas como la regulación incluida en los convenios colectivos del sector”. A partir de esta experiencia, se planteaba modificar dos aspectos particularmente restrictivos de la regulación de estas empresas. Por un lado, la “supresión de las penalizaciones respecto a la contratación temporal directa”. Por otro, “la posible ampliación de su actuación a sectores que le están hoy vedados”. Respecto de esta última medida, el Gobierno anunciaba la constitución de un grupo de trabajo tripartito para analizar la conveniencia de mantener o modificar la regulación vigente.

Posteriormente, y para proceder a la revisión de la normativa preventiva en materia de ETT, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST) creó en su reunión plenaria del día 25 de julio de 2007, un Grupo de Trabajo sobre

<sup>213</sup> (2004/741/CE), Diario Oficial L 326 de 29.10.2004.

<sup>214</sup> “Jobs, Jobs, Jobs”, En el que, como se recordará, se instaba “that the Member States work towards the removal of obstacles to temporary work agencies rendering them effective and attractive intermediaries in the labour market, offering improved job opportunities and high employment standards”.

<sup>215</sup> *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, de 31 de enero de 2005, disponible en <http://www.tt.mtin.es/periodico/laboral/200501/informe.pdf>.

<sup>216</sup> [http://www.mtin.es/es/sec\\_trabajo/debes\\_saber/pnr/PNR2005.pdf](http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/debes_saber/pnr/PNR2005.pdf).

Empresas de Trabajo Temporal con la finalidad de “analizar la situación actual de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal con el objeto de comprobar si conviene adoptar medidas adicionales y si la normativa vigente se ajusta a la realidad actual de la actividad desarrollada en el mercado laboral por las empresas de trabajo temporal y pueda estudiar, analizar y, en su caso, proponer mejoras sobre esta cuestión”. Este grupo comenzó sus trabajos ese mismo año, y aunque su objeto no era específicamente el de revisar las actividades excluidas del trabajo temporal por motivos preventivos<sup>217</sup>, desde un primer momento este fue uno de los temas centrales de atención y debate, especialmente por el interés de los representantes empresariales en abordarlo. Sin embargo su actividad se vio afectada por el inicio del diálogo social, en el que el tema de la regulación de las ETT estuvo presente desde un primer momento, lo que interfirió en la marcha del grupo al hacer depender sus resultados de lo acordado a nivel general<sup>218</sup>. Algunas de las novedades legislativas producidas respecto de estas empresas, con todo, obedecen a ideas y propuestas expuestas a lo largo de sus trabajos<sup>219</sup>.

Finalmente, desde el sector del trabajo temporal se habían presentado diversas propuestas de reforma. Y de hecho, el Plan Estratégico para la Economía Española 2008-2011 de la CEOE<sup>220</sup> señala como una de las reformas necesarias para mejorar la competitividad de la economía española la de “abrir los servicios de intermediación y recolocación a la actuación de agencias de empleo y eliminar las res-

<sup>217</sup> Su mandato establecía que los trabajos del Grupo se orientaría: \* al estudio de la información relativa a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores de empresas de trabajo temporal, incluyendo las causas más frecuentes de la accidentalidad y las enfermedades derivadas del trabajo de estos trabajadores. \* al análisis del grado de cumplimiento de la normativa específica sobre seguridad y salud en las empresas de trabajo temporal; \* al estudio de la adecuación de la normativa a los riesgos a que se enfrentan estos trabajadores, de cara a hacer efectivo el principio de equiparación con los trabajadores de la empresas usuaria; \* a la elaboración de propuestas de líneas de investigación para la mejora del nivel de seguridad y salud de los trabajadores de empresas de trabajo temporal; \* a la promoción y difusión de buenas prácticas respecto de la seguridad y la salud en las empresas de trabajo temporal. Más información sobre este grupo en <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.d22be8b09ba968aec843d152060961ca/?vgnextoid=62f5a126a4a85110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnextchannel=c4f44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&nodoSel=f3e40b2e8dbd9110VgnVCM1000000705350a>.

<sup>218</sup> En particular los representantes de las organizaciones sindicales estimaban conveniente esperar a los resultados de las mesas de negociación abiertas en el proceso de diálogo social, cuyos acuerdos debían ser prioritarios respecto de las posibles conclusiones y propuestas del Grupo de Trabajo.

<sup>219</sup> Un resumen sumamente interesante sobre el borrador de informe de conclusiones de este Grupo de 17 de junio de 2010 y los resultados de la publicación del INSHT de un estudio ampliatorio de la VI Encuesta Nacional de Condiciones de trabajo en C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 266, n. 1 y p. 267.

<sup>220</sup> De 11 de diciembre de 2007, disponible en [http://www.feda.es/docs/Plan\\_Estrat%C3%A9gic\\_o\\_Econom%C3%ADa%20Espa%C3%B1ola.pdf](http://www.feda.es/docs/Plan_Estrat%C3%A9gic_o_Econom%C3%ADa%20Espa%C3%B1ola.pdf).

*tricciones y sobre costes legales y convencionales, todavía existentes en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, adaptando su marco normativo”.*

#### 4.5.1. Los objetivos de la reforma de las ETT en el RDL

En este contexto, la decisión fundamental del legislador laboral respecto de estas empresas es la de limitarse a dar cumplimiento a lo dispuesto en la directiva comunitaria sin más objetivo que el de adecuar el Derecho español a esta norma europea<sup>221</sup>. Así lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos de esta norma<sup>222</sup> y la DF Segunda de la Ley 35/2010<sup>223</sup>.

De hecho, la voluntad de proceder a esta implementación se había anunciado ya en los dos documentos presentados por el Gobierno a los interlocutores sociales; e incluso antes, la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, cuya Disposición Adicional Cuarta, dedicada a las “Empresas dedicadas a la intermediación laboral” ya se planteaba la necesidad de esta transposición<sup>224</sup>.

Por el contrario, lo que también ha quedado claro es que el legislador ha optado por excluir cualquier cambio ampliando su actividad, sobre todo en lo relativo

<sup>221</sup> Dejando a un lado, claro está, el impacto sobre las mismas de otras modificaciones como las establecidas para la contratación temporal. En este sentido F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16.

<sup>222</sup> Según la cual ésta “introduce varias modificaciones en la legislación relativa a las empresas de trabajo temporal que se dirigen a la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal”.

<sup>223</sup> Sobre las diferencias en este sentido entre la reforma de las AC, con una dimensión cualitativa, y las de las ETT “primordialmente técnica, de acomodación y ajuste al entorno normativo” F. Valdés Dal-Re, “A vueltas con la estructura formal y los reenvíos reglamentarios de la Ley 35/2010”, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 20 (La Ley 13526/2010). Igualmente J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, en AAVV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Titant lo Blanch, Valencia, 2010, (TOL1.965.392), p. 1 del original impreso.

<sup>224</sup> En ella se afirmaba, entre otras cosas, que “en un plazo no mayor a cuatro meses y en el marco del diálogo social, el Gobierno llevará a cabo las actuaciones necesarias para: Transponer la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, considerando las siguientes cuestiones: a. La revisión de las restricciones en la utilización de empresas de trabajo temporal, contando con la opinión de las organizaciones sindicales y empresariales de los sectores afectados. b. Las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores contratados para ser puestos a disposición por las empresas de trabajo temporal, incluyendo el principio de igualdad de trato, el acceso al empleo, las instalaciones y la formación profesional, la representación de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y la información a los representantes de los trabajadores (...).

a la intermediación en sentido estricto, a la gestión de las políticas activas, u otras actividades ligadas al mercado de trabajo. Como ya hemos señalado al abordar las AC, el RDL 10/2010 y la posterior ley 35/2010 –a pesar de las diversas enmiendas y críticas doctrinales<sup>225</sup>– mantiene la tradicional exclusión de las ETT de las políticas de empleo, declarando incompatibles el trabajo temporal y la intermediación, de tal modo que las agencias de colocación no podrán enviar trabajadores en misión, ni las ETT ofrecer servicios relacionados con el empleo; prolongando la obligación de actividad exclusiva para estas; y continuando con la prohibición de utilizar el contrato para la formación. De esta manera, a pesar de las numerosas medidas que encontramos en la Ley 35/2010 sobre estas empresas, y en contra de las numerosas propuestas planteadas durante el proceso de reforma<sup>226</sup>, no ha cambiado su papel en nuestro mercado de trabajo, del que siguen excluidas, no como operadores, pero sí como agentes de las políticas de empleo<sup>227</sup>.

Ahora bien, esto no quiere decir que estas propuestas hayan fracasado por completo. De hecho, a nuestro entender el RDL 10/2010 y, posteriormente, la Ley 35/2010 recogen parte de las mismas, al diseñar un modelo de agencia de colocación cercano en gran medida al prototipo de “agencia de empleo” en que se quería reconvertir a la ETT. Pero en contra de la mayoría de las propuestas de reforma presentadas, se opta por mantener la obligación de actividad exclusiva para las ETT, lo que hace imposible la transición de estas empresas hacia un modelo de agencias de empleo. El contraste entre el tratamiento que reciben una y otra forma de iniciativa privada, la colocación y el trabajo temporal, es llamativo y, como ya hemos dicho, quizás reflejen un cierto intento del legislador de equilibrar la función real de estos dos operadores, hasta ahora claramente desequilibrada a favor de las ETT.

<sup>225</sup> F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16.

<sup>226</sup> Véase, por ejemplo, F. Pérez de los Cobos “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5 que postulando su conversión en agencias globales de empleo, consideraba insólita a nivel comparado la situación española.

<sup>227</sup> En los dos Documentos presentados por el Gobierno a lo largo de 2010 se había anunciado también esta decisión fundamental, afirmándose en ambos que “la autorización y la actividad de las ETTs se seguirían limitando a lo establecido en su regulación específica, es decir, la puesta a disposición de las empresas de trabajadores con carácter temporal”. Es interesante contrastar esta declaración con el texto del nuevo apartado 3 del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores finalmente aprobado, en el que se dice que “la actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas se realizará exclusivamente por empresas de trabajo temporal de acuerdo con su legislación específica”. Mientras que en las primeras redacciones el énfasis se ponía en que las ETT seguían vinculadas por su obligación de actividad exclusiva, a pesar de que se admitían nuevos servicios privados en el mercado de trabajo, en la aprobada se afirma la exclusividad en estas empresas de la cesión legal de trabajadores, negándole esta actividad a otros sujetos privados. Como se ha visto, y ante el mantenimiento de la Ley 14/1994 en sus mismos términos en esta cuestión, los efectos de una y otra redacción son en la práctica similares.



En definitiva, y a pesar de todo este debate, parece evidente que la Ley 35/2010 se ha centrado y limitado en este punto al simple “cumplimiento” de la Directiva de 2008, por lo que será desde el punto de vista de su papel de norma de trasposición desde el que deba ser analizada<sup>228</sup>.

Pues bien, sin pretender indagar exhaustivamente en esta peculiar norma comunitaria, sí consideramos necesario señalar al menos que la misma es una buena muestra de flexibilidad negociada, en la medida en que se centra en lograr dos grandes objetivos, que teóricamente se compensan mutuamente y que justifican el conjunto de sus disposiciones –art. 2 Directiva 2008/104–. Por un lado, garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de sus condiciones de trabajo garantizando y extendiendo el ámbito del principio de igualdad de trato; y del otro, la remoción de prohibiciones y restricciones en el uso de este tipo de Empresas, para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo.

Cuestión distinta es que en el momento de desarrollo actual del marco normativo y convencional del trabajo temporal en España el impacto de una y otra sobre nuestro sistema haya sido y sea diferente. Pero para comprobar esta hipótesis parece necesario detenernos, aunque sea brevemente, en el análisis de cada uno de estos dos vectores.

#### 4.5.2. La mejora del estatus legal del trabajador en misión

En principio, es evidente que las normas centrales en este punto de la Directiva 2008/104 son el art. 5 por lo que se refiere al principio de igualdad de trato, y el art. 6 en lo relativo al acceso al empleo, a las instalaciones comunes y a la formación profesional. Y ello, claro está, teniendo en cuenta, siempre, la naturaleza de “requisitos mínimos” que para su contenido establece en general el art. 9 de la Directiva

Pues bien, para trasponer dichos mandatos, el RDL 10/2010 –y, posteriormente, la Ley 35/2010– incorporan, en primer lugar, una nueva redacción del art. 11 Ley 14/1994 que, ampliando su contenido, tradicionalmente centrado en los aspectos retributivos, se extiende ahora al resto de “*condiciones esenciales*” equiparándolas, durante los periodos de prestación de dichos servicios, a las que les correspondían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. En concreto, la nueva norma aclara que “*se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos*”, reproduciendo así literalmente lo establecido en el art. 3.1.f de la Directiva 2008/104.

<sup>228</sup> Sobre algún silencio significativo en esta trasposición véase el oportuno comentario de J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen...”, cit., p. 4 del original impreso.

Pues bien, lo primero que debe señalarse en relación con esta modificación es que se trata de una clara mejora del estatus legal, con todo lo que ello supone de mínimo indisponible para el futuro de la negociación colectiva en el sector. Pero de una reforma que, en la práctica ya había sido incorporada básicamente por la negociación colectiva sectorial estatal, prácticamente desde la firma del III Convenio Colectivo de ETT<sup>229</sup>. De hecho, los art. 33.2 –jornada–, 34.3 –horas extraordinarias–, 36.2 –descanso semanal y festividades–, 35.2 –trabajo nocturno–, y art. 41.2 –vacaciones– del actual V Convenio Colectivo de ETT<sup>230</sup> ya contemplaban esta remisión que, llamativamente, no se extiende a otros aspectos como las licencias y permisos en donde no existe esta equiparación. En cualquier caso, el expreso tenor literal del segundo párrafo parece cerrar cualquier vía interpretativa que pretendiese ampliar o extender más allá de estos aspectos el pretendido ámbito legal de estas “condiciones esenciales”.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que acontecía con la anterior redacción del precepto, no se establece expresamente su carácter de mínimo. Pero al menos a nuestro juicio tampoco parece que haya ningún problema en considerarlo como una norma mínima, de derecho necesario relativo, que podría ser mejorada mediante la negociación colectiva de la propia ETT. Es cierto que en la actualidad, el convenio colectivo estatal de sector se limita a una mera remisión a la regulación aplicable a la empresa usuaria. Pero nada impediría, al menos a nuestro juicio, que esta negociación pudiera establecer unas condiciones superiores a las de la empresa usuaria de referencia, más aún dada la posibilidad abierta en el art 9.1 Directiva 2008/104.

Y finalmente, y en tercer lugar, obsérvese que en este caso no se identifica una concreta fuente normativa para la fijación de estas condiciones mínimas equiparables. Por ello consideramos que en principio serían de aplicación cualquiera de las que pudiera habersele aplicado al trabajador en misión si hubiera sido contratado directamente; esto es, convenio colectivo estatutario o extraestatutario, acuerdo o pacto colectivo de empresa, e incluso, aunque aquí con más dudas, decisiones unilaterales del empleador de efectos colectivos, en las mismas condiciones que serían aplicables en los supuestos de contratación directa y, desde luego, cuando ello se deduzca del convenio colectivo aplicable. No otra conclusión cabe extraer, al menos a nuestro

<sup>229</sup> Véase C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 277.

<sup>230</sup> BOE de 8 de febrero de 2008, n. 34. Recuérdese, además, que la Resolución TRE/4147/2008, de 12 de diciembre –DOGC de 18 de febrero de 2009, núm. 5321– dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo de la Comisión negociadora del V Convenio colectivo de trabajo del sector de empresas de trabajo temporal de Cataluña en virtud del cual las partes manifestaron “su voluntad de dejar sin efecto las previsiones reguladas en el Convenio colectivo de Empresas de Trabajo Temporal de Cataluña”, y por tanto “dan por finalizada la negociación del mismo. Que en consecuencia y tras los trámites oportunos, sea aplicable a las Empresas de Trabajo Temporal de Cataluña, el V Convenio colectivo estatal de Empresas de Trabajo Temporal en atención a su ámbito funcional y territorial de aplicación”.

juicio, tanto de la jurisprudencia precedente –que interpretó muy ampliamente la mención expresa al “convenio colectivo” del antiguo art. 11 Ley 14/1994 en relación con la fuente de la retribución<sup>231</sup>, como de la amplia definición dada por el art. 3.1.f de la Directiva 2008/104, de acuerdo con la cual, se entenderá por condiciones de trabajo y empleo “las establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas”<sup>232</sup>.

Por otra parte, un segundo aspecto destacable es que la nueva norma legal desarrolla aún más ampliamente<sup>233</sup> la concreta equiparación salarial señalando que “la remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas<sup>234</sup>, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo apli-

<sup>231</sup> En este sentido baste traer a colación la conocida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 enero 2009 (RJ 2009\620) de acuerdo con la cual “La cuestión planteada ya ha sido unificada por esta Sala, no solo en la sentencia invocada de 25-9-02 sino también en la mas reciente de 7-2-2007 (RJ 2007, 1815), con doctrina que es plenamente aplicable al caso... 1) La exposición de motivos de la Ley 29/1999, que ha dado nueva redacción al art. 11 de la Ley 14/1994 ha expresado con claridad que la finalidad de esta reforma legal es lograr que el recurso a la mano de obra de las ETT sea efectivamente “un medio para atender a necesidades temporales de la empresa usuaria” y no, como venía sucediendo en la práctica laboral anterior a dicha Ley, “un medio de reducir costes salariales”. 2) En consecuencia, la mención del art. 11 de la Ley 14/1994 al “convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria”, no puede interpretarse en sentido estricto de convenio estatutario, sino en el amplio, que comprenda los distintos instrumentos de negociación colectiva, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia, siempre que tengan en la práctica una aplicación general en la empresa usuaria. 3) De no ser así, el efecto útil de la norma se vería perjudicado en todos aquellos supuestos en que o bien no existe un convenio colectivo aplicable que se haya tramitado por el cauce del Título III del ET, o bien las retribuciones de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general se han elevado a través de acuerdos o pactos de empresa... Nuestra sentencia extendió tal obligación incluso a “las condiciones retributivas que deriven de decisiones del empresario siempre que tales decisiones tengan eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria, como sucede con las que la doctrina científica denomina condiciones más beneficiosas de carácter colectivo”, pero porque ello se deducía del Convenio Colectivo aplicable en aquel caso”.

<sup>232</sup> En un sentido similar, pero fundamentalmente basado en la anterior jurisprudencia expansiva J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 3 del original impreso.

<sup>233</sup> Aunque como recuerda J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 1 del original impreso, dicha equiparación no llega a una total equiparación al “parecer excluir complementos de naturaleza personal y los relacionados con los resultados de la empresa, al menos en algunas de sus posibles formulaciones”.

<sup>234</sup> Sobre la aplicación de esta regla en el caso de partidas extrasalariales, parece que seguirá siendo aplicable –dado el uso del mismo término, retribución– la compleja doctrina sostenida por la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 7 febrero 2007 (RJ 2007\1815) de acuerdo con la cual “dentro de la noción genérica de los conceptos no salariales hay una amplia gama de percepciones cuya función es distinta. Así, en una enumeración no exhaustiva habría que distinguir 1ª) las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral, 2ª) las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial y 3ª) las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral. Pues bien, lo que se ha querido lograr mediante la reforma

cable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones”. Una redacción ésta que, nuevamente, vuelve a legalizar –situándolo eso sí, fuera del futuro albur negociador– una realidad ya presente en nuestra negociación colectiva, como demuestra, nuevamente, la redacción extraordinariamente similar a este nuevo precepto del art. 32 del ya comentado V Convenio Colectivo Estatal de ETT<sup>235</sup>.

La reforma, por tanto, no ha utilizado –ya que, como recuerda el art. 9.2 Directiva 2008/104 la misma no puede considerarse como un motivo suficiente para justificar una reducción del nivel de protección de los trabajadores en los ámbitos cubiertos por la Directiva– la posibilidad establecida en el art. 5.2 Directiva 2008/104 y de acuerdo con la cual los Estados miembros podrían, tras consultar a los interlocutores sociales, “establecer excepciones” a este equiparación “cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones”. La norma española, al igual que sucedía con la versión anterior del art. 11 ET impone esta igualdad con independencia de la naturaleza temporal o indefinida de la relación del trabajador en misión, atribuyendo todo lo más a la negociación colectiva la posibilidad de mejorarlas y no empeorarlas.

En tercer lugar, este desarrollo del principio de igualdad se extiende expresamente –trasponiendo nuevamente de forma casi literal el contenido del art. 5.1 Directiva 2008/104– a las disposiciones aplicables a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores –término que englobaría obviamente tanto a los niños como a los jóvenes, a los que se refiere expresamente la directiva<sup>236</sup>–, así

realizada por la Ley 29/1999 en el artículo 11 de la LETT es que el resultado económico obtenido por el trabajador de la empresa de trabajo temporal mientras presta servicios en la empresa usuaria no sea inferior al que obtiene el de la empresa usuaria por el mismo trabajo. Ello determina que la equiparación no puede detenerse en el salario, sino que tenga que comprender, para ser efectiva, la compensación de los gastos realizados precisamente en función de la prestación de trabajo, es decir, los comprendidos en el grupo 1º de la anterior enumeración, aunque no se extienda a los otros dos grupos, en la medida en que ya no se trata de percepciones vinculadas directamente con el trabajo. Por todo ello, hay que concluir que la ayuda alimentaria está comprendida en la garantía de la equiparación”. Recuerdese, además que, de acuerdo con el art.3.2 Directiva 2008/104 “La presente Directiva no supone menoscabo del Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de la remuneración, del contrato de trabajo, de la relación laboral o del trabajador”.

<sup>235</sup> Muy ampliamente sobre este tema C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 279 y ss., con quienes se comparte la exclusión de los complementos ad personam, pero, obviamente, no de los suplidos ligados al desarrollo del trabajo que sí estarían incluidos en la regla de la equiparación.

<sup>236</sup> Debe recordarse que, seguramente y a estos efectos, podrían asumirse las definiciones establecidas en el art. 3 de la Directiva 94/33 CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protec-

como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual<sup>237</sup>. Y ello, cabría añadir –en virtud de una interpretación conforme con el art. 5.1 Directiva 3008/104– con independencia de su origen legal, reglamentario, administrativo, de origen colectivo o, en general, de la procedencia de las demás disposiciones de alcance general aplicables a esta empresa y puesto<sup>238</sup>.

En cuarto lugar, dentro de este proceso de equiparación, y como trasposición de lo establecido en el art. 6.4 Directiva 2008/104, el RDL 10/2010 primero, y la Ley 35/2010 después, dan una nueva redacción al apartado 2 del artículo 17 ETT de acuerdo con la cual estos mismos trabajadores tendrán derecho, mientras dure la misión, obviamente, a “la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria” y “en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria”; una medida ésta que nuevamente venía precedida de una norma similar a nivel convencional, en concreto, el art. 14.2 del V Convenio Colectivo Estatal de ETT<sup>239</sup>, si bien este se limita a destacar como “durante el plazo de vigencia del contrato de puesta a disposición el personal puesto a disposición tendrá derecho a la utilización de transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria –comedores, cafetería, servicios médicos, etc.–”. Bastará pues con integrar la nueva norma legal en la genérica remisión convencional para salvar las posibles omisiones, destacándose igualmente la falta de toda mención en el nuevo texto legal de la posibilidad abierta en la norma comunitaria y en virtud de la cual sería admisible un trato diferente cuando “concurran razones objetivas que (lo) justifiquen”.

ción de los jóvenes en el trabajo –Diario Oficial nº L 216 de 20/08/1994–, en virtud de la cual debería entenderse por a) «joven»: toda persona menor de 18 años contemplada en el apartado 1 del artículo 2 de la mencionada directiva y b) «niño»: todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.

<sup>237</sup> Véanse a nivel comunitario las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico –Diario Oficial nº L 180 de 19/07/2000– y 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>238</sup> Como recuerda F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16, la principal consecuencia sería que toda la normativa aplicable en la empresa usuaria en materia de conciliación o en aplicación de la Ley de Igualdad, señaladamente los planes de igualdad, serían de aplicación a los trabajadores en misión. Sobre la amplitud de la medida y las medidas ya previstas en el V CC ETT véase C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010,...”, cit., p. 282.

<sup>239</sup> Véase C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010,...”, cit., p. 281.

Por otra parte, y junto al desarrollo de este principio de igualdad o equiparación entre el trabajador en misión y el empleado en la empresa usuaria, la reforma, trasponiendo igualmente lo establecido en el art. 6.1 Directiva 2008/104, establece, en su nuevo art. 17.3 LETT, que “la empresa usuaria” –concretándose así de forma razonable la cierta indeterminación de la norma comunitaria en relación con el sujeto obligado– “deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquélla. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.»

El tenor de la norma, casi idéntico a la comunitaria, y que entronca claramente con normas similares relativas a la regulación de los contratos temporales<sup>240</sup> o, mutatis mutandis, a tiempo parcial<sup>241</sup>, plantea las mismas dudas que en su momento planteó aquella y relativas, por mencionar algunas, al momento adecuado de dicha comunicación –que deberá ser en todo caso hábil para la consecución del objetivo perseguido– o al ámbito, nivel y tipo del puesto que debe ser comunicado –parece que la indeterminación de la norma obliga a que lo sea cualquier vacante con independencia de su encuadramiento profesional, de su naturaleza temporal o indefinida<sup>242</sup> o del centro en el que se produzca con tal de que lo sea en la propia empresa–. Además, obsérvese que esta comunicación no es personalizada, ni individual ni colectivamente, por lo que con la misma información genéricamente puesta a disposición de los empleados directos y en misión podrían quedar cubiertas las obligaciones impuestas en ambas directivas y en los art. 15.7 ET y 17.3 LETT, siendo en principio –y salvo regulación convencional– el medio indiferente con tal de que la comunicación se asegure<sup>243</sup>. Finalmente, el incumplimiento de este deber se encontraría igualmente tipificado como infracción grave en el art. 19.2.c LISOS<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> Cláusula 6 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada –Diario Oficial nº L 175 de 10/07/1999–. Obsérvese que en este caso la obligación no es de la ETT empleadora formal, sino de la empresa usuaria.

<sup>241</sup> Art. 5.3 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

<sup>242</sup> Aunque la referencia a “acceder a puestos permanentes” puede abonar una interpretación restrictiva de la misma, obsérvese que el trabajador en misión puede tener interés en acceder, incluso a través de un contrato no permanente, a la empresa usuaria.

<sup>243</sup> En este sentido se comparte la opinión de C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010,...”, cit., p. 292.

<sup>244</sup> Ya que lo abierto del tipo permite esta inclusión a pesar de ser anterior a la reforma. En este mismo sentido véase C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010,...”, cit., p. 283.

Y finalmente, lo que desde luego queda claro es que no se establece ninguna prelación o preferencia para el trabajador en misión, de la misma manera que esta forma de contratación tampoco debiera suponer –al menos a nuestro juicio, por mor del principio de no discriminación– una merma de sus posibilidades. De ahí, por ejemplo, que, al menos a nuestro juicio, pudieran considerarse equiparables la situación del trabajador en misión con la propia de los trabajadores temporales contratados directamente por la empresa usuaria, cuando, por ejemplo, se estableciera la prioridad para el acceso a tales vacantes de los trabajadores temporales previamente contratados por la empresa usuaria.

Por otra parte, mucho más indeterminado es el contenido del nuevo apartado 4 del art. 17 LETT, incorporado tardíamente a la norma legal durante su tramitación en el Senado. Como es bien sabido, la Directiva 2008/104 establecía en su art. 6.5 que los Estados adoptarían las medidas adecuadas o promoverían el diálogo entre los interlocutores sociales, de conformidad con sus tradiciones y prácticas nacionales, con vistas a: a) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación y a los servicios de guardería infantil en las empresas de trabajo temporal, incluso durante los períodos comprendidos entre las misiones, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo; b) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias. Y si bien es cierto que, ya desde un principio el art. 12.2 de la Ley 14/1994 establecía que las ETT debían destinar anualmente un 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores en misión, parecía evidente la necesidad de una más exacta trasposición a la normativa española de este precepto comunitario.

Seguramente por ello, como decimos, el Senado incorporó definitivamente este apartado en virtud del cual “*mediante la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias*”, lo que, obsérvese, traspone adecuadamente sólo el punto segundo de la norma comunitaria.

Por último, la reforma procede igualmente a dar nueva una nueva redacción al apartado 3 del artículo 16 en los términos siguientes: «3. *La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley*”.

La novedad en este punto se centra, por tanto, en extender la responsabilidad subsidiaria –o, sobre todo solidaria en caso de uso ilegal del contrato de puesta a disposición– de la empresa usuaria a las indemnizaciones derivadas de de la extinción del contrato; una indemnización que, obviamente, debido a su naturaleza

extrasalarial –art. 26.3 ET– escapaban anteriormente a esta responsabilidad subsidiaria limitada a las deudas salariales y de Seguridad Social. En este punto la reforma parece así acoger o asumir parcialmente la doctrina previa del Tribunal Supremo que sí incluyó estas indemnizaciones en la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria derivada de uso ilegal del CPD, al considerar las mismas como cesiones ilegales y aplicarles, ex art. 6.4 Código Civil, la regla más amplia establecida en el art. 43 ET prioritariamente a la más concreta del antiguo art. 16.3 LETT<sup>245</sup>. La reforma, por tanto, parece aceptar esta orientación jurisprudencial, acercando en este punto la regulación específica de las ETT a la propia de las cesiones ilegales –art. 43 ET– frente al modelo anterior que parecía apoyarse más sobre el esquema y la regulación propia de la subcontratación de obras y servicios de la propia actividad –contemplada en el art. 42 ET–.

En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que aunque la norma pareciera pensada para la indemnización de precariedad del art. 11.2 LETT, también debería abarcar las indemnizaciones previstas en los despidos improcedentes –incluyendo los salarios de tramitación<sup>246</sup>– y, al menos en teoría, a otras indemnizaciones ligadas a cualquier tipo de extinción del contrato de trabajo; esto es, ya sea esta extinción un despido objetivo o colectivo –art. 51 y 52 ET incluyendo despidos por fuerza mayor o sometido a las reglas de la Ley Concursal–; la dimisión indemnizada ex art. 40 o 41 ET; la extinción voluntaria por el trabajador al amparo del art. 50 ET, o, por mencionar un último caso, a la indemnización ligada a los supuestos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario ex art. 49.1.g ET.

Finalmente, parece necesario destacar que, en relación con esta misma extinción por finalización de contrato, la reforma ha modificado igualmente la anterior regulación legal, permitiéndose ahora expresamente –art. 11.2 LETT en la redacción dada por el art. 17.2 Ley 35/2010– que dicha indemnización pueda ser prorrateada durante la vigencia del contrato; una posibilidad, por lo demás, que, como en tantas otras ocasiones, ya estaba prevista igualmente en el art. 47.2 del V Convenio Colectivo Estatal de ETT.

En cambio, bastante más oscura es la nueva referencia a que la cuantía de esta indemnización de precariedad sea de doce días por año “o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”. Y ello porque si en principio la normativa específica de la ETT es la Ley 14/1994 no se atisba con claridad a qué norma se reenvía la fijación de esta indemnización. A mi juicio la única interpretación posible es considerar que, de este modo, la Ley ha pretendido extender

<sup>245</sup> Un resumen de esta doctrina en la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 febrero 2009 (RJ 2009\1594) a la que nos remitimos para una más amplia referencia jurisprudencial –SSTS 28-9-2006 (RJ 2006, 6529), y 4-7-2006 (RJ 2006, 6419)–.

<sup>246</sup> Véase C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010,...”, cit., p. 283.



la igualdad “retributiva” –y no simplemente salarial– a las indemnizaciones de finalización de contrato fijadas convencionalmente cuando estas sean más altas que las establecidas legalmente<sup>247</sup>. La apertura, como veremos, al sector de la construcción, cuya indemnización por cese del contrato fijo de obra<sup>248</sup> es ciertamente más alta que la fijada en la actual regulación legal<sup>249</sup> sería así la causa de esta expresa remisión; una remisión que, es obvio, fijaría una relación de suplementariedad y no de supletoriedad entre el mínimo indisponible legal y estas otras regulaciones, creemos, básicamente convencionales.

#### 4.5.3. Prohibiciones y restricciones al uso de las ETT

El segundo gran hilo conductor de esta reforma ha sido, como ya hemos dicho, la reconsideración de las anteriores restricciones al uso de las ETT; una “reconsideración” que responde, como también hemos visto, a la constatación de que, una vez eliminadas las posibles diferencias entre trabajadores en misión y empleados de las empresas usuarias –al menos en lo relativo a las condiciones esenciales de trabajo, y en especial, a la retribución–, no existirían razones para –permitiendo la conservación de los sistemas que someten esta actividad a autorización u otro tipo de control público<sup>250</sup>– seguir limitándola. Y ello porque lejos de mirar ya dicha actividad con el tradicional temor del siglo pasado, la misma se aprecia y valora ahora como un instrumento que otorga dinamismo al mercado de trabajo, que aflora empleo, y que permite un mejor encuentro entre oferta y demanda.

Desde esta perspectiva, el art. 4 Directiva 2008/104 exigía ya que, antes del 5 de diciembre de 2011, “los Estados miembros tras consultar a los interlocutores sociales, de conformidad con la legislación nacional, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, revisarán las restricciones o prohibiciones establecidas al re-

<sup>247</sup> En este sentido, igualmente, J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 5 del original impreso.

<sup>248</sup> Legalizado por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, en el Sector de la Construcción, aunque ya previamente había sido considerado plenamente legal por el propio Tribunal Supremo. Véase además la DA 1 Ley 35/2010.

<sup>249</sup> Art. 20.6 del IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción. –BOE de 17 agosto 2007, n. 197–. “En todos los supuestos regulados en los apartados anteriores, y según lo previsto en el artículo 49.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se establece una indemnización por cese del 7 por 100 calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicable devengados durante la vigencia del contrato”.

<sup>250</sup> De hecho, el mismo art. 5.4 de la Directiva 2008/104 ya establecía que “los apartados 1, 2 y 3 se entenderán sin perjuicio de las exigencias nacionales en materia de registro, concesión de licencias, certificación, garantía financiera o supervisión de las empresas de trabajo temporal”. Véase igualmente su exclusión de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

curso a la cesión temporal de trabajadores a fin de comprobar si siguen estando justificadas”. Lo peculiar ahora es que estas exclusiones “deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”.

Pues bien, desde esta perspectiva, las tradicionales limitaciones contempladas en el art. 8 a, c y d LETT, así como la posteriormente incluida en el 12.3 de la LETT, parecen encajar sin mayores dificultades entre estas razones de interés general; en especial, en las ligadas a garantizar el buen funcionamiento del mercado y evitar posibles abusos –sustitución de huelguistas, cesión a otras ETT, o amortización previa de puestos de trabajo– o a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en misión –previa realización de la evaluación en el puesto de trabajo–<sup>251</sup>.

Cuestión distinta era la situación en la que se encontrarían las limitaciones ligadas a actividades y trabajos especialmente peligrosos delimitados por el art. 8.b LETT y el art. 8 RD 216/1999, la exclusión en el caso de las Administraciones Públicas establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y, en tercer lugar, las limitaciones que aún mantenían ciertos convenios colectivos, como rastro, aún, del rechazo sindical y social generado por la situación previa a la reforma del año 1999.

Pues bien, parece evidente que el RDL 10/2010 y, posteriormente, la Ley 35/2010 centraron su atención especialmente en el primero de los grupos. Y para ello, se alteró sustancialmente la anterior técnica normativa –basada en una mera remisión reglamentaria– que ahora deja paso a una regulación básicamente legal, pero que deja abierta una importante función a los propios interlocutores sociales a través, eso sí, exclusivamente de acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de sector estatal<sup>252</sup>.

En este sentido el art 17.1 Ley 35/2010 da una nueva regulación al párrafo b) del artículo 8 de la LETT que ahora se limita a prohibir la realización de “trabajos u ocupaciones” –obsérvese, no ya los anteriores y más genéricos “actividades y trabajos”– “especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con esta, en los convenios o acuerdos colectivos.”

Y esta nueva DA 2 Ley 14/1994<sup>253</sup>, lejos de remitirse a otras normas que igualmente delimitaban trabajos que se consideraban peligrosos a otros efectos –por

<sup>251</sup> En este mismo sentido J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 6 del original impreso.

<sup>252</sup> Obsérvese incluso que la nueva redacción dada en los art. 18.3.b y 19.3. LISOS ha sustituido la referencia a “se determinen reglamentariamente” por la de “establecidos legal o convencionalmente”.

<sup>253</sup> Incorporada por el art. 17.6 Ley 35/2010.

ejemplo, la establecida en la DA 11 y el Anexo I del RD 39/1997 de 17 de enero—establece ahora tres grupos de trabajos y actividades sometidos a un régimen jurídico diferente.

El primero estaría compuesto por los trabajos —que ya no sectores enteros— para los que continuará prohibida la actividad de interposición sin fecha, en principio, de caducidad. Dentro de este colectivo es evidente la drástica reducción en número y extensión frente a la anterior regulación reglamentaria, al quedar estos reducidos a los trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio; los trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico; y, finalmente, los trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico<sup>254</sup>.

El segundo grupo estaría compuesto por el resto de sectores tradicionalmente prohibidos ex art. 8 RD 216/1999, y que ahora, en cambio, no se encuentran en el más reducido listado de la DA 2.1 LETT; esto es, la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión. Para este segundo grupo de actividades la norma prevé, de una forma, eso sí, algo confusa<sup>255</sup>, un sistema que podría sintetizarse como sigue.

En primer lugar, y por lo que parece, se mantiene la prohibición hasta el 1 de abril de 2011 —ampliando así el plazo inicialmente dado por el RDL 10/2010 que lo limitaba hasta el 1 de enero de 2011—. Aunque la delimitación en este caso de los sectores en la nueva DA 2.2 LETT es más amplia que la establecida en el RD 216/1999 —con lo que podría plantearse, por ejemplo, si lo que se prohíbe implícitamente es cualquier contrato de puesta a disposición en el sector de la construcción y no sólo los hasta ahora prohibidos y contemplados en el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre —, parece mucho más razonable que, aunque con una técnica deficiente, lo que se haya hecho es prorrogar hasta el 1 de abril las prohibiciones hasta ahora vigentes.

<sup>254</sup> Un análisis en mayor profundidad de esta exclusión en C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 269-270 para quienes la continuidad de esta norma conllevaría la derogación de los correspondientes apartados del art. 8 RD 216/1999 desde el 18 de junio de 2010.

<sup>255</sup> De “abstrusa” la califica F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010. n. 16.

Y ello porque en esa fecha, dichos sectores se abrirán completamente a la actuación de las ETT, quedando sólo vigentes —y, por lo que parece, mientras dure la vigencia de los mismos aplicando las reglas generales establecidas en el art. 86 y 82.4 ET<sup>256</sup>— aquellas limitaciones a las que, no obstante, la DA 2.2 LETT impone una serie de requisitos muy estrictos.

- En primer lugar, el origen de los mismos está ciertamente limitado a los “acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 ET o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal”<sup>257</sup> que regule, lógicamente, la actividad laboral en tales sectores<sup>258</sup>. De ello se deduce la imposibilidad de fijar este tipo de prohibiciones no sólo mediante negociación colectiva extraestatutaria, pactos o acuerdos de empresa, o convenios de sector de ámbito territorial distinto al estatal —que deberán considerarse por tanto nulos de pleno derecho en dicho punto—, sino también por la norma reglamentaria como resultado de esta, al menos aparente, reserva impropia de Ley<sup>259</sup>.
- En segundo lugar, y de forma acumulativa, dichas limitaciones deberán, en primer lugar, “referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas”, sin que quepan, por tanto, exclusiones globales relativas a sectores enteros de actividad<sup>260</sup>. En segundo lugar, deberán además “justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados”. A estos efectos serán sin duda extraordinariamente útiles los datos que, de acuerdo a la Disposición adicional decimotercera de la Ley 35/2010, deberá incorporar en sus informes

<sup>256</sup> Sin que obviamente esta posible negociación suponga un vencimiento ante tempus de los convenios actualmente vigentes. En este sentido J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 7 del original impreso.

<sup>257</sup> No parece que exista problema en que, en aquellos casos como en el de la construcción, en el que el convenio de sector nacional ya esté vigente, esta posible regulación se hiciera mediante un mero acuerdo de modificación o de incorporación de este contenido al mencionado convenio colectivo. Obsérvese, además, que el expreso reconocimiento legal de esta posibilidad veda toda pretendida alegación —como en su momento sucedió en relación con las cláusulas de los convenios de empresas usuarias que limitaban el uso de las ETT— de una posible lesividad del interés de terceros como consecuencia de la implantación de reglas limitativas que afectan a sujetos ajenos al proceso de negociación.

<sup>258</sup> Anticipando los posibles conflictos entre estos convenios “prohibicionistas” “con los legítimos intereses de un sector no presente en esa negociación pero de manifiesta relevancia y legitimidad como es el sector de las ETT”, C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 271. Además, para estos autores, *op. cit.*, p. 291, “este mecanismo de delegación” “parece poco apropiado”.

<sup>259</sup> Obsérvese la ausencia de toda mención a la norma reglamentaria en la nueva redacción de los art. 18.3b y 19.3.b LISOS.

<sup>260</sup> En este mismo sentido, J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 7 del original impreso.

periódicos el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y que deben permitir conocer la evolución de la siniestralidad laboral en los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo realizados por trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. Finalmente, y en tercer lugar, “*deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral.*”<sup>261</sup>

Ahora bien, y para cerrar esta compleja regulación de las actividades antes prohibidas y ahora legalizadas, debe igualmente destacarse que la nueva DA 2.3 LETT exige, para la lícita celebración de contratos de puesta a disposición en el ámbito de actuación antes señalado<sup>262</sup> —y obviamente para aquellas ocupaciones no prohibidas por acuerdos interprofesionales o convenios de sector estatal— dos requisitos acumulativos y ciertamente llamativos<sup>263</sup>:

- El primero, que “*la empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención*”. Más allá de la clara apuesta que últimamente asume nuestro ordenamiento por la gestión preventiva con recursos propios<sup>264</sup>, lo que sí queda claro es que nuestro legislador apuesta por una gestión de estos sectores limitada a las ETT de mayor dimensión, ya que de acuerdo con el art. 35, Ley 31/1995, sólo las empresas con entre 501 a 1.000 trabajadores tendrían obligación de disponer

<sup>261</sup> Adicional, por tanto, a la establecida en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, debiendo seguir el mismo régimen jurídico que en él se establece y que entrará en vigor el 1 de octubre de 2010 según su DF 4.

<sup>262</sup> Esta remisión del punto 3 al 2 de la DA 2 LETT y la amplia referencia de este a sectores enteros y no a actividades y puestos, de forma, por tanto, más amplia, que la anteriormente recogida en el art. 8 RD 216/1999 —previamente comentada— plantea la duda no resuelta de si estos requisitos son exigibles para todo CPD en el sector de la construcción o sólo para las actividades previamente prohibidas como eran las actividades peligrosas. Esa misma duda en C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 273.

<sup>263</sup> Una crítica a los mismos, al considerar estas exigencias “rígidas”, “escasamente proporcionadas y justificadas en algunos casos, en A. Dorrego de Carlos, “La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT”, en *Diario la Ley*, 14 de octubre de 2010, n. 7488.

<sup>264</sup> Véase, por ejemplo, el art. 2 del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral —desarrollada por Orden TIN/1448/2010, de 2 de junio— o el Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

de cuatro delegados de prevención<sup>265</sup>, lo que, por cierto, dado el tenor del art. 14 del RD 39/1997 parece exigir un Servicio de Prevención Propio<sup>266</sup>.

- Y en segundo lugar, se exige igualmente que el trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal. Evidentemente, estas exigencias son ciertamente similares a las ya establecidas de forma general en el RD 216/1999 y el art. 12 LETT<sup>267</sup>. Pero en este caso, parecen referirse de forma genérica a las exigencias, no ya sólo en materia preventiva, deducidas del concreto puesto de trabajo que se deba desempeñar. Lo que en cambio resulta evidente es la necesidad de un flujo de información, ahora referido a estos aspectos añadidos, que podría y debería articularse de manera similar a lo que acontece hasta el momento en el RD 216/1999.

En este campo, una última cuestión trascendente —y doctrinalmente polémica— es la posibilidad o no de que se incorporen o se modifiquen igualmente de manera convencional las limitaciones que hubieran podido establecerse por esta misma vía antes del 31 de marzo de 2011; o, si se prefiere, expresado en otros términos, si una vez cumplida dicha fecha las reglas convencionales vigentes —o no— el 31 de marzo de 2011 se “cristalizarían” impidiendo la incorporación de nuevas limitaciones o, porque no, la supresión de otras.

En este sentido es cierto que algunos giros en la redacción de esta DA 2 y la omisión de toda referencia a la seguridad y salud en la siguiente DA 4 pudieran llevar a dicha interpretación sumamente rígida<sup>268</sup>. Pero lo cierto es que, al menos a nuestro juicio, existen otros argumentos, tanto lógicos como sistemáticos, que permiten defender una interpretación opuesta de acuerdo con la cual transcurrida dicha fecha seguiría abierta, no sólo la posibilidad de que los convenios colectivos que ya incorporaban las mismas adecuasen dichas cláusulas en sus sucesivas renovaciones, sino que incluso, y dentro siempre de estos mismos sectores, nuevos convenios que antes no las incorporaban las negociasen. Y ello, claro está, siempre

<sup>265</sup> No alterado por el Capítulo XII, Prevención de riesgos laborales, art. 50 del V Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal.

<sup>266</sup> Véase C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 274.

<sup>267</sup> En este sentido, C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 272 y 275.

<sup>268</sup> Obsérvese que para F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010. n. 16 transcurrida dicha fecha estos convenios o acuerdos no podrían imponer dicha limitación, interpretación ésta que a nuestro juicio resulta dudosa.

que estuvieran justificadas por estas causas y que cumplieren las condiciones impuestas en la DA 2.2 LETT<sup>269</sup>.

En este sentido, una primera consideración, como decimos lógica, estriba en que una interpretación tan rígida como la propuesta por algunos autores parece poco adecuada para la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores como obligación de configuración dinámica. Una interpretación como la propuesta obligaría a una nueva norma legal –con todos los retrasos que ella puede suponer– cada vez que en los sectores ahora abiertos condicionalmente a las ETT se establecieran nuevos trabajos, técnicas o procedimientos que pudieran ser especialmente peligrosos para los trabajadores de las ETT. Como se comprenderá fácilmente, el desarrollo tecnológico y los sistemas productivos entendidos en sentido amplio no van a quedarse “cristalizados” el 31 de marzo de 2011. De ahí que la negociación colectiva a la que se remite la ley debiera ser igualmente el instrumento ágil a través del cual –y con el aval del acuerdo entre las partes– pudiera actualizarse dinámicamente este listado. Y ello porque, en realidad, no parece razonable interpretar que la norma legal confía en la negociación colectiva previa a esta fecha y desconfía de la misma después de transcurrida aquella, obligando así a la Ley a un proceso de actualización de estos trabajos u ocupaciones del que la misma Ley 35/2010 parece huir al atribuírselo a la negociación colectiva, cerrando incluso, o al menos aparentemente, esta posibilidad al reglamento.

Además, y desde una perspectiva sistemática, de aceptarse esta interpretación restrictiva no acabaría de comprenderse bien la función de los informes del INSHT que, ex DA 13 Ley 35/2010 deberán evaluar la siniestralidad específica en estos trabajos u ocupaciones. Una lectura conjunta de ambos preceptos permite comprender que los informes razonados que deberán acompañar a los convenios sectoriales estatales deberían estar fundados en la misma. Y esta articulación sería imposible si se veda a estos mismos convenios su adaptación a las sobrevenidas circunstancias más allá del 31 de marzo de 2011, ya que sólo tras esa fecha existiría, por lo que parece, el supuesto objeto de análisis: esto es la evolución de la siniestralidad en los trabajos de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo realizados por trabajadores cedidos por ETT.

En definitiva, y desde nuestro punto de vista, tanto por razones lógicas como sistemáticas parece necesario interpretar de una forma más flexible la DA 2 ETT; una interpretación que, al menos a nuestro juicio, debiera partir de una premisa según la cual la fecha central en el precepto no es realmente el 31 de marzo; la fecha nuclear es el 1 de abril de 2011, momento en la que se abrirán a las ETT los sectores anteriormente cerrados. La referencia al 31 de marzo es simple consecuencia de una vacatio legis destinada a que cuando dicha apertura se produzca haya habido materialmente tiempo para que los negociadores desarrollen una fun-

<sup>269</sup> Esta parece ser, por ejemplo, la posición de J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 8 del original impreso.

ción impensable hasta ese momento. Pero no para considerar cerradas y cristalizadas estas reglas olvidando el cambio constante de sistemas, métodos y elementos de producción e imponiendo un papel al legislador del que precisamente este ha querido librarse durante el proceso. De ahí, por ejemplo, que los nuevos art. 18.3.b y 19.3.b LISOS no limiten temporalmente las normas convencionales de referencia en sus tipo y que consideremos, en definitiva, que cumpliendo todos los requisitos de la DA 2.2 LETT los convenios colectivos sectoriales estatales puedan actualizar, modificar, alterar y, porqué no, también suprimir o incorporar reglas en este sentido.

En cualquier caso, y ya para el resto de actividades, sectores y trabajos, regiría, en definitiva la más absoluta libertad, sólo sometidas a las reglas generales y a las limitaciones que pudieran derivarse de las limitaciones aún vigentes y que le fueran aplicables. Todo lo más la DA 4 se limitaría a señalar que a partir del 1 de abril “*las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos*”.

Por otra parte, y en relación con las otras dos excepciones a las que hicimos referencia al principio de este apartado, el texto del RDL 10/2010 era ciertamente bastante oscuro, sobre todo en relación con la DA 5 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Y ello porque en este punto, y a pesar de la importancia de la cuestión<sup>270</sup>, el RDL se limitaba a incorporar una nueva DA 4 LETT –*Validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal*–, de acuerdo con la cual “*A partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta ley...*»

Se trataba, como se ha dicho, de una norma quizás deseadamente oscura, y que planteó, ya desde un principio, importantes dudas, dando lugar a interpretaciones radicalmente diferentes de sus efectos<sup>271</sup>. De ahí, seguramente, que en su tramitación parlamentaria el texto de la misma sufriera importantes modificaciones; unas modificaciones que, más allá del retraso en su entrada en vigor –que pasa ahora al

<sup>270</sup> Véase muy extensamente A. Dorrego de Carlos, “La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT”, en *Diario la Ley*, 14 de octubre de 2010, n. 7488.

<sup>271</sup> A favor de su derogación F. Pérez de los Cobos “La reforma laboral: un nuevo marco legal para las ETT”, *Actualidad Laboral*, 2010. n. 16. Manteniendo la duda de si una Administración Pública pueda acudir o no a una ETT véase C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010...”, cit., p. 287-290. Un resumen del debate en J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 9 del original impreso.



1 de abril–, aclaraban expresamente, en primer lugar, la eliminación de la limitación establecida en la tantas veces citada DA 5 de la 30/2007 –que quedará derogada expresamente a partir del 1 de abril ex Disposición Derogatoria Única Ley 35/2010–; en segundo lugar, que, “*no obstante, las empresas de trabajo temporal no podrían realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos*”<sup>272</sup>; y, en tercer lugar que antes del 1 de abril de 2011, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, “*el Gobierno establecerá los criterios funcionales de aplicación de lo dispuesto en dicho párrafo en el ámbito de dichas Administraciones*”. Obviamente, la falta de concreción de estos criterios funcionales no impediría la apertura de este sector, en las condiciones ya descritas, a las ETT.<sup>273</sup>

Y por lo que se refiere a las diversas cláusulas que limitan o condicionan el uso de las ETT –a pesar de lo establecido en el art 12 V CC Estatal de ETT<sup>274</sup>– parece razonable interpretar que han quedado suprimidas a partir de la tantas veces mencionada fecha de manera directa y sin necesidad de una nueva negociación,<sup>275</sup> aunque es indudable que una derogación negociada sería sin duda el procedimiento más lógico y razonable<sup>276</sup>. De la misma manera que su posible inclusión en futuros convenios parece ciertamente dudosa, no ya sólo por las restrictivas causas

<sup>272</sup> Lo que para A. Dorrego de Carlos, “La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT”, en *Diario la Ley*, 14 de octubre de 2010, n. 7488. supone la apertura de cualquier puesto que pueda ser desempeñado legalmente por personal laboral.

<sup>273</sup> Vid. A. Dorrego de Carlos, “La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT”, en *Diario la Ley*, 14 de octubre de 2010, n. 7488.

<sup>274</sup> Como se recordará el Artículo 12 titulado “Limitaciones y prohibiciones” establece con un claro contenido obligacional que: “Las organizaciones firmantes del Convenio entienden que no existe razón para que se produzca discriminación negativa en la contratación temporal realizada a través de las empresas de trabajo temporal con respecto a la contratación temporal directa. En este sentido, las organizaciones sindicales y patronales firmantes del presente Convenio se comprometen a colaborar en el marco del Diálogo Social para la eliminación de las prohibiciones, limitaciones y/o restricciones normativas que afecten al libre desarrollo de la actividad de las empresas de trabajo temporal y, de forma específica, para la eliminación de las prohibiciones vigentes relativas a la prestación de servicios en actividades consideradas de especial peligrosidad y para contratar con las administraciones públicas. Asimismo, las organizaciones firmantes se comprometen a realizar las gestiones necesarias para evitar que se incluyan en los convenios colectivos de toda índole que se negocien, cláusulas que limiten, obstaculicen, prohíban o excluyan, ya sea directa o indirectamente, la contratación de los servicios de empresas de trabajo temporal por parte de las empresas sometidas a dichos convenios, entendiendo que tales cláusulas deben tenerse por no puestas y declararse su nulidad”.

<sup>275</sup> Vid. J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 10 del original impreso.

<sup>276</sup> Postulando esta revisión por los propios negociadores de estas cláusulas del convenio C. Carrero Domínguez, F.J. Blasco de Luna, “Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010,...”, cit., p. 287.

previstas en esta misma DA 4, sino también por las extraordinarias limitaciones a las que, como ya hemos visto condiciona esta posibilidad la DA 2.2 en relación con las actividades peligrosas<sup>277</sup>.

En cualquier caso, lo que sí nos gustaría destacar, ya para terminar, son dos cuestiones. La primera es que, a pesar de las diversas referencias presentes en los documentos iniciales del Gobierno, o incluso en la DA 1 Ley 27/2009, la reforma de 2010 ha prestado una escasa atención al análisis de la actuación de las empresas de servicios cuya actividad real –parafraseando la mencionada DA– consista en la contratación de trabajadores para cederlos a terceras empresas. De hecho, sólo la Disposición adicional decimosexta “Inspección de Trabajo y Seguridad Social” de la Ley 35/2010 ha abordado tangencialmente el tema al señalar, en su segundo punto, que “*la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá en su Plan Integrado de Actuación con carácter de objetivos de alcance general*”, entre otros el “*control de la actuación de las empresas que realizan actividad de cesión de trabajadores sin contar con autorización administrativa*”.

Y en segundo lugar que, aún de forma indirecta, no debe olvidarse el posible impacto que sobre el uso de las ETT puede tener el progresivo incremento de las indemnizaciones por finalización de contratos temporales directos prevista en el art. 1.Cinco y Siete de la Ley 35/2010. Y ello porque, como se recordará, en estos dos preceptos se da una nueva redacción del art. 49.1.c ET y se añade una nueva DT 13 ET en virtud de la cual y para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015 la indemnización por finalización de los principales contratos temporales se amplía de ocho a doce días por año de servicio, equiparándola, por tanto, a la tradicionalmente más alta –y ahora idéntica– establecida tradicionalmente para las ETT en el art. 11.2 LETT<sup>278</sup>.

#### 4.6. El papel del demandante de empleo: la intensificación del job-seeker

Finalmente y dentro de este apartado parece evidente la necesidad de mencionar al menos la profundización en el proceso no ya sólo de contractualización e imbricación entre prestaciones por desempleo y políticas activas de empleo al que

<sup>277</sup> Un resumen de las posiciones doctrinales hasta el momento en J.M. Goerlich Peset, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 10 del original impreso.

<sup>278</sup> Esta propuesta de equiparación o, más bien, de no “discriminación” de la contratación vía ETT en F. Pérez de los Cobos “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5. No obstante, este mismo autor ha planteado incluso –“La reforma laboral: un nuevo marco legal para las empresas de trabajo temporal”, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 16– si el retraso en esta equiparación de los costes de salida “constituye una restricción a su actividad que choca con lo previsto en la Directiva 2008/104/CE”.

hemos asistido durante estos últimos años –y que parece se ampliará en función de la DA 6 Ley 35/2010–<sup>279</sup>, sino también de exigencia pura y dura de una actitud más activa y dinámica del desempleado en el proceso de mejora de su empleabilidad; esto es, en su configuración como un auténtico “buscador de empleo” en la traducción literal del término anglosajón *job-seeker* que parece definitivamente incorporado incluso entre nuestra más joven doctrina.

Es seguramente desde esta perspectiva desde la que deben analizarse las reformas incorporadas al art. 27 LE y al 231 LGSS relacionadas, ambas, con el compromiso de actividad.

Así, la primera de ellas se limita a destacar –con cambio eso sí de la propia denominación del artículo– que la suscripción de dicho compromiso se realizará desde el mismo momento de la inscripción de los solicitantes de prestaciones y subsidios de desempleo, debiendo además cumplir las exigencias de dicho compromiso que –como una manifestación más del carácter formalizador y recordatorio– deberán quedarán recogidas en el documento de renovación de la demanda. Por ello, y como recuerda el párrafo segundo, la “inscripción como demandante de empleo se realizará con plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada”, pero además también –y esto es la novedad legal– “para cumplir el resto de exigencias derivadas del compromiso de actividad, el cual se entenderá suscrito desde la fecha de la solicitud de las prestaciones y subsidios por desempleo”. Finalmente el expreso reconocimiento de la posibilidad de que las administraciones autonómicas comuniquen por vía electrónica los hipotéticos incumplimientos sería solo una muestra más del proceso de aplicación de la administración electrónica, al mismo tiempo que se incentiva este control en línea con lo ya señalado en relación con los SPE<sup>280</sup>.

Y algo similar cabe señalar en relación con la reducción a treinta, de los anteriores cien días durante los cuales la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad sería voluntaria para los beneficiarios de las prestaciones contributivas de desempleo. Es cierto que en la nueva redacción del art. 231.1 in fine LGSS –para el que no se establecen normas transitorias<sup>281</sup>– estas acciones de mejora se especifican y concretan al señalarse que las mismas deberán corresponderse “con su profesión habitual o sus aptitudes formativas según lo determinado en el itinerario

<sup>279</sup> Disposición adicional sexta. Ley 35/2010 Vinculación de políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo. En el momento en que el empleo inicie su recuperación, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de éstas con las políticas activas de empleo.

<sup>280</sup> Esta misma conexión en J.M. Goerlich Peset, “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 18.

<sup>281</sup> Sobre el efecto de esta omisión J.M. Goerlich Peset, “Las reformas en materia de empleo...”, cit., p. 17.

de inserción” (art.24.2 LE) –lo que, por cierto, puede causar algunos problemas en caso de desconexión de la acción propuesta con dicho itinerario de inserción–, pero es evidente el deseo de incentivar una actitud activa y dinámica del perceptor de prestaciones que, como ya en su momento se señaló, acababa convirtiendo lo que era contenido de la prestación ex art. 206.2 LGSS en una obligación más, al menos a partir ahora del trigésimo primer día y se engarza con la perspectiva de dinamización y apoderamiento propia de los TLM y, seguramente, con la búsqueda de un cierto control indirecto y de una lucha contra el empleo negro o encubierto.

Pero en cualquier caso, y como ya en su momento se señaló, la cuestión no es tanto el plazo o los fines de esta medida, sino si la misma es realmente viable y responde a nuestras posibilidades. En otras palabras, si con cerca de un 20 por ciento de desempleo, y más de cuatro millones de desempleados podrá realmente ofrecerse una acción de mejora de la ocupación adecuada a su profesión habitual o sus aptitudes formativas según lo determinado en su itinerario de inserción, a todos y cada uno de los desempleados de nuestro sistema durante sus primeros treinta días de desempleo. Seguramente ello requeriría unos servicios de empleo de un calibre tal que es difícil imaginarlos en el panorama actual. De ahí que aunque la norma de policía ya exista, sólo quede esperar que existan posibilidades al menos de aplicarla.

## 5. EL FOMENTO DE LAS TRANSICIONES HACIA EL EMPLEO Y LA REFORMULACIÓN DE LAS BONIFICACIONES PARA EL EMPLEO

Finalmente, y dada la ausencia de espacio material en este documento para analizar el impacto de la reforma sobre las transiciones de la formación inicial al mercado de trabajo, nos limitaremos en este último punto a abordar muy sumariamente el impacto de la Ley 35/2010 sobre las políticas de bonificaciones a la contratación.

En este sentido, no es ningún secreto como desde finales de los años setenta, pero en especial, durante la década de los noventa, las medidas de bonificación<sup>282</sup> y/o subvención de la contratación han sido uno de los principales instrumentos de las políticas activas de empleo en nuestro país<sup>283</sup>. Una vez superada la fase asentada en la mera flexibilización de la contratación laboral, y en especial desde 1997, las medidas de fomento económico han sido uno de los instrumentos esenciales en la búsqueda de la estabilidad en el empleo, ya sea en el nivel central –en donde el

<sup>282</sup> Para un detallado estudio jurídico de las mismas véase C. Grau Pineda, *Bonificaciones en la cotización y fomento del empleo*, Tirant Blanch, Valencia, 2010.

<sup>283</sup> Para un análisis temporal desde los años ochenta puede consultarse I. Flores Saborido, *la contratación laboral como medida de política de empleo en España*, CES. Madrid, 1994.

AMCE sería la pieza más acabada de este proceso— ya sea a nivel autonómico, con una pléyade de normas que, sobre todo mediante subvenciones, procedían a este fomento de un empleo denominado simplistamente de calidad<sup>284</sup>.

### 5.1. El contexto de la reforma

Pero una vez dicho esto, aún más evidente es que también desde hace ya tiempo se viene discutiendo sobre la efectividad de estas mismas medidas, en un debate que se ha hecho aun más acuciante ante el incremento de gasto generado por la crisis y el origen de los fondos objeto de atención.

De hecho, y más allá de las discusiones académicas<sup>285</sup>, estas dudas estaban ya presentes en el Informe de Expertos “Más y mejor empleo” de 31 de enero de 2005. En aquel profundo informe se señalaba expresamente como había “muchas razones para dudar que esta medida sea la más eficiente a la hora de favorecer la contratación estable. En primer lugar, cabe pensar que el efecto de peso muerto de estas medidas es considerable. En segundo lugar, aunque la reducción de coste laboral que implican dichas bonificaciones es notable, dicha reducción está al alcance en mayor medida de determinadas empresas y de determinados colectivos de trabajadores”. Y “por lo que se refiere a los trabajadores, es muy probable que el efecto sustitución que generan las bonificaciones a la contratación indefinida no sea despreciable. Finalmente, siendo el gasto total de estas bonificaciones de casi un 0,3% del PIB, el efecto desplazamiento de las bonificaciones a la contratación no es desdeñable. Por tanto, cabe pensar que hay margen de mejora en el diseño y gestión de los incentivos económicos a la contratación”<sup>286</sup>.

Desde esta perspectiva, el posterior Documento para el Diálogo Social sobre el mercado de trabajo, de 15 de marzo de 2005 ya contenía un reconocimiento expreso de cómo el “sistema de incentivos económicos en la contratación” era “muy poco selectivo y demasiado complejo en cuanto a su instrumentación”, proponiéndose su revisión, mediante su simplificación en relación con los beneficiarios, el análisis de la posible modificación de la relación entre su cuantía y duración o

<sup>284</sup> Un elenco de estas medidas en AAVV., *Libro Blanco sobre la calidad en el empleo en Andalucía: estabilidad y seguridad laboral*, (coord. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), CARL, 2005, p. 299 y ss. Una actualización de las mismas en CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral España 2009*, p. 380 y ss.

<sup>285</sup> Un resumen de las mismas, a las que nos reenviamos por brevedad, en J.I. García Pérez, “¿Tienen las subvenciones a la contratación los efectos deseados sobre la estabilidad en el empleo?”, disponible en [http://www.crisis09.es/ebook\\_propuesta\\_laboral/Propuesta\\_reactivacion\\_laboral\\_art\\_5.pdf](http://www.crisis09.es/ebook_propuesta_laboral/Propuesta_reactivacion_laboral_art_5.pdf).

<sup>286</sup> Disponible en <http://www.tt.mtin.es/periodico/laboral/200501/informe.pdf>.

incluso la posibilidad de “introducir otros posibles instrumentos en sustitución del régimen actualmente vigente”; unas ideas que sin duda estuvieron presentes en la redacción del AMCE<sup>287</sup> pero que no eliminaron las dudas sobre la eficacia y eficiencia de este tipo de medidas.

Seguramente por todo ello, y en el marco de evaluación de las políticas del Eje Sexto del Plan Nacional de Reformas, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de agosto de 2008 encargó a la AEVAL la evaluación de las políticas de bonificaciones y reducciones de las cuotas a la Seguridad Social<sup>288</sup>. Pues bien, junto a otras cuestiones en las que no podemos detenernos aquí, nos gustaría resaltar al menos algunos de los resultados y recomendaciones de este profundo análisis cuya influencia en el posterior devenir de los acontecimientos ha sido, como veremos, considerable<sup>289</sup>.

En primer lugar<sup>290</sup>, para el informe “los resultados de los diferentes estudios utilizados en la evaluación apuntarían “a una escasa eficacia de las bonificaciones en su diseño actual. Lo que tanto por otra parte no hace más que confirmar los hallazgos de diversas investigaciones en España como en otros países”. Y ello no solo por el efecto ganga o peso muerto, como por su escaso efecto sustitución.

El primero de ellos, el efecto peso muerto se acreditaba al constatar que nueve de cada diez empresas hubiesen realizado el contrato independientemente de la bonificación, siendo, para el 65% de las empresas escaso o nulo el impacto de esta bonificación sobre el carácter estable de la contratación, si bien la importancia de la misma tendería a crecer en el caso de la PYMES. De ahí, en definitiva que en situaciones, eso sí, como las existentes en 2007, de bonanza económica, fuera claramente apreciable el efecto denominado peso muerto o ganga.

Y por otra parte, y por lo que se refiere al efecto sustitución —en la elección del candidato, primando los bonificados sobre los que no— los efectos del estudio revelaban que, las bonificaciones no habrían sido tenidas en cuenta en el momento de contratar por el ochenta por ciento de las empresas. La selección del candidato

<sup>287</sup> Un análisis del mismo en S. Gonzáles Ortega, “Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión del empleo temporal en fijo”, en AAVV., *La reforma laboral de 2006* (Coord. J. Cruz Villalón), cit., p. 227 y ss.

<sup>288</sup> AEVAL *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, Ministerio de Presidencia, 2009, disponible en <http://www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/E14.pdf>.

<sup>289</sup> Destacando igualmente la importancia de este informe el interesante trabajo de F.J. Hierro Hierro, “Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p. 146.

<sup>290</sup> En la exposición no se ha respetado el orden de las recomendaciones a fin de un mejor engarce con el discurso del texto.

se realizaría, en aproximadamente esa misma proporción, porque el perfil del candidato se adecuaba al puesto de trabajo, al margen de la existencia de una bonificación que sólo era parcialmente valorada por el 16% de las empresas, siendo sólo un 7,7% de las mismas las que seleccionaban en función de este criterio, aunque el efecto sustitución se incrementa en función de las dimensiones de la organización empresarial.

Por ello la recomendación segunda del mencionado Informe se centraba en cuestionar la eficacia de las bonificaciones, más aún cuando su población objetivo fuera —como era el caso en nuestro país— excesivamente amplia<sup>291</sup>, dado su posible uso para personas sin excesivos problemas de empleabilidad con el consiguiente efecto “peso muerto”. De ahí que se propusiera el uso de los resultados del indicador de ocupabilidad<sup>292</sup> y una restricción para ciertos colectivos y tamaños de empresa, preferiblemente combinando ambos.

Finalmente y junto a otras cuestiones de enorme interés de este importante documento —quizás no suficientemente valorado y conocido—, nos interesaría destacar al menos, en primer lugar, la llamada expresa a la necesaria coordinación con el sistema educativo en relación con las transiciones de la educación y la reducción del abandono prematuro mediante una formación flexible, reforzada con ayudas y asesorada personalmente, coordinada quizás con estas subvenciones. Y en segundo lugar la escasa eficacia de estas medidas aisladas, por lo que se recomendaba para el futuro la creación de paquetes integrados que actuaran de manera complementaria y sinérgica.

<sup>291</sup> Esta misma evaluación en C. Grau Pineda, *Bonificaciones en la cotización...*, cit., p. 204.

<sup>292</sup> Como se recordará este índice parte de la constatación científica de una serie de premisas normalmente asumidas; esto es, que la probabilidad de encontrar un empleo (de un mes al siguiente) de los parados registrados en las oficinas públicas es menor en las mujeres que en los hombres, en los españoles que en los extranjeros, en los demandantes del primer empleo que en los que han tenido un empleo anterior y en los que perciben prestaciones por desempleo, sobre todo las de carácter asistencial, que en los que no las perciben. Además, la probabilidad de encontrar empleo por parte de los parados registrados es menor cuanto mayor sea la edad o la antigüedad en el paro y cuanto menor sea el nivel educativo, el número de ocupaciones en que está dispuesto a trabajar o el ámbito geográfico de búsqueda de empleo (por ejemplo, el municipio en relación con la provincia, la provincia respecto a la comunidad autónoma o ésta respecto al conjunto del Estado). No obstante, los tres criterios básicos para determinar una ocupabilidad alta son la antigüedad en el desempleo —inferior a doce meses—, un ámbito de búsqueda superior al municipal, comarcal o de área metropolitana, incluyendo la provincia y un número de ocupaciones demandadas superior a tres. Por cada uno de estos criterios que se pierda, se perdería un punto de los seis iniciales, reservándose las puntuaciones más bajas a los desempleados con subsidio de mayores de 52 años y uno para los beneficiarios de la RAI. Sobre el tema véase L. Toharia, C.A. Prudencio, J.I. Pérez Infante, *La ocupabilidad de los parados registrados*, julio de 2006, disponible en [https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/contenidos/estadisticas/datos\\_avance/conceptos/pdf/ocupabilidad.pdf](https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/contenidos/estadisticas/datos_avance/conceptos/pdf/ocupabilidad.pdf).

Un tercer elemento de este proceso, es el vulgarmente conocido como Informe Toharia de 2008, que al hilo de esta cuestión llega a unas conclusiones similares, incluidas, por ejemplo, otras cuestiones como el uso de la temporalidad como singular periodo de prueba y de ahí la estabilidad de las conversiones<sup>293</sup>. Este estudio concluye señalando como “los modelos teóricos sugieren que el impacto neto de los subsidios a la contratación sobre el empleo agregado puede ser nulo o muy pequeño. Los estudios empíricos realizados para otros países de forma individual o para grupos de países corroboran en gran medida este resultado. Lo mismo sucede con los pocos trabajos empíricos referidos al caso español: el impacto agregado de las bonificaciones habría sido nulo o ligeramente positivo, debido al elevado peso muerto de dicho programa, aunque algunos colectivos (en particular, los jóvenes y las mujeres) podrían haberse visto favorecidos, lo que también indica la existencia de efectos sustitución. A la vez, los contratos incentivados pueden haber tenido un impacto positivo sobre las transiciones del paro al empleo y del empleo temporal al empleo permanente, aunque también pueden haber aumentado las transiciones desde la ocupación hacia el paro, anulando en todo o en gran parte el efecto positivo anterior”. Y de ahí, en definitiva, que se acabara concluyendo que “quizá haya llegado el momento de dejar de subvencionar las contrataciones siempre que los fondos que se liberen puedan dedicarse a otras medidas que puedan tener un mayor impacto directo en el nivel de empleo o en la propia protección social de los trabajadores que se encuentran en situación de necesidad como consecuencia del desempleo.”

En este contexto, no debe extrañarnos que la DA 3 de la Ley 27/2009 de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, denominada “evaluación del actual sistema de bonificaciones a la contratación y nuevo Programa de Fomento del Empleo” solicitará el ejecutivo un informe de evaluación de los sistemas de bonificación de la Ley 43/2006 para su debate en la Comisión de Trabajo e Inmigración. Y que “teniendo presentes los resultados de dicho debate, el Gobierno impulsará, en el marco del diálogo social, la elaboración de un nuevo Programa de Fomento del Empleo que sea de aplicación en 2010, que debería orientarse, al menos, por los siguientes principios: \* La vinculación a la coyuntura actual de la economía, del empleo y del desempleo, de manera que apoye el empleo indefinido. \* Una mejor selección de los colectivos cuya contratación se quiera favorecer por estar particularmente afectados por el desempleo y presentar mayores problemas de empleabilidad, como es el caso de los parados de larga duración, los jóvenes y,

<sup>293</sup> L. Toharia, y otros *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, MTIN, disponible en <http://www.observatorionegociacioncolectiva.org/comunes/temp/recursos/99998/237839.pdf>.



particularmente, las personas con discapacidad. \*Favorecer que la temporalidad no repunte cuando se inicie la recuperación económica. \*La reducción de la complejidad del actual sistema de bonificaciones. \* Un mayor uso del sistema por parte de las pequeñas y medianas empresas, por las empresas de economía social y por los trabajadores autónomos que contraten trabajadores por cuenta ajena.”

Pues bien, tras una amplia serie de comparecencias<sup>294</sup>, el análisis de las posteriores conclusiones de la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados<sup>295</sup> demuestra el fuerte influjo de los documentos antes señalados. Estas conclusiones no parten ya, como en su momento parecía sostener el informe Toharia, de su hipotética supresión, sino de su adaptación “al principal objetivo que debe ser frenar la destrucción de puestos de trabajo y sentar las bases para una mejor generación de empleo, incidiendo en la estabilidad y la calidad”. Y para ello se insistía en la necesidad de concentrarlas en determinados trabajadores –jóvenes, parados de larga duración, mayores, personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y personas en riesgo de exclusión social– y empresas –bonificando la primera contratación que realice el autónomo, del mismo modo que las PYMES y empresas de la economía social deberían tener un tratamiento específico, atendiendo al tamaño de la empresa, orientado al mantenimiento y creación de empleo–. Y todo ello en el marco de una mayor coordinación administrativa y de las políticas de empleo, evaluación y control, impulsando por ejemplo, la utilización del indicador de ocupabilidad<sup>296</sup>.

Este es, en definitiva, el contexto en el que se producen los dos documentos del gobierno que orientan la fallida negociación que termina con la aprobación del RDL 10/2010 y la posterior Ley 35/2010. En ambos casos, la reforma del sistema de bonificaciones aparece como un punto independiente. En el primero de ellos, de 5 de febrero<sup>297</sup>, tras reconocer su ineficacia en lucha contra la segmentación del mercado, su agotamiento, su falta de adecuación a la nueva realidad de amplio desempleo y crisis presupuestaria y su excesivo ámbito de aplicación, se plantea incluso si resultaba “necesario y eficiente el mantenimiento de una política de bonificaciones a la contratación y, en su caso, la conveniencia de concentrar las nuevas bonificaciones a la contratación”.

<sup>294</sup> Véanse las fundamentales en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/DS/CO/CO\\_475.PDF#page=12](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/CO/CO_475.PDF#page=12).

<sup>295</sup> Disponibles en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D\\_369.PDF#page=29](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D_369.PDF#page=29) y en [http://www.mtin.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/NoticiasDoc/NoticiasPortada/Informe\\_Evaluacion\\_Bonificaciones\\_Contratacion.pdf](http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/NoticiasDoc/NoticiasPortada/Informe_Evaluacion_Bonificaciones_Contratacion.pdf).

<sup>296</sup> Cfr. F.J. Hierro Hierro, “Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p. 146 y ss.

<sup>297</sup> <http://www.la-moncloa.es/ActualidadHome/2009-2/050210EnlaceDocumento>.

En cambio en el segundo, de 12 de abril<sup>298</sup>, partiendo de los mismos presupuestos, ya se atisbaba la regulación finalmente aprobada no sólo en la delimitación de los colectivos, sino también en la perspectiva de género asumida, su conexión con la creación neta de empleo, el mantenimiento de determinadas bonificaciones, o la necesidad de una evaluación rigurosa y una redefinición constante. En cambio otras cuestiones como la vinculación con sectores de futuro del modelo productivo de una económica sostenible, o su conexión con un determinado tamaño de empresa se remitían a un “análisis más reposado” que avanzaba ya su exclusión del texto final del Real Decreto-Ley<sup>299</sup>.

## 5.2. El contenido de la reforma

Pues bien, el contenido del Real Decreto-Ley primero, y de la posterior Ley 35/2010 es, en este punto, coherente con buena parte de estas indicaciones, pero al menos a mi juicio, en parte algo decepcionante. Vayamos, pues, por partes.

En primer lugar es evidente que la reforma –que deja a salvo la regulación existente para los contratos firmados anteriormente<sup>300</sup>– ha simplificado drásticamente el ámbito subjetivo de estas bonificaciones como en múltiples ocasiones se señaló. Pero lo ha hecho básicamente mediante la eliminación, en primer lugar, de la mujer como colectivo específico objeto de bonificación, y, obviamente, también en los supuestos anteriormente bonificados en el art. 2.1 Ley 43/2006<sup>301</sup>. En este sentido es cierto que el factor femenino sigue siendo importante en un amplio número de medidas de fomento. Pero lo es, básicamente, en cuanto este ligado más o menos explícitamente a cuestiones cercanas a la conciliación de la vida laboral y familiar, pero no al hecho de ser mujer en sí. Así sucede, por ejemplo, en la conservación del art. 4.2 Ley 43/2006, cuya conservación deber conectarse con el mantenimiento de otras normas como el art. 1 RDL 11/1998<sup>302</sup>, o la DA 14 ET ligadas a estas facetas de conciliación de la vida laboral y familiar.

<sup>298</sup> <http://departamento.us.es/dtss/Documentos2010/Propuestadelgobierno12abril.pdf>.

<sup>299</sup> Véase, nuevamente F.J. Hierro Hierro, “Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p. 148 y ss. a quien se remite para un análisis del borrador de medidas de junio de 2010.

<sup>300</sup> Véanse la DT 6 del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010.

<sup>301</sup> Destacando igualmente esta reducción F.J. Hierro Hierro, “Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p. 155.

<sup>302</sup> Modificado por la DA 15 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Y ello porque, al igual que en su momento aconteció en las medidas de fomento de personas con discapacidad, el elemento femenino habría perdido autonomía<sup>303</sup> transformándose ahora en un “agravante” de la situación de falta de ocupabilidad que incrementaría significativamente la bonificación en los dos grandes grupos que ahora, al menos aparentemente, centralizarían las bonificaciones: jóvenes y mayores de 45 años.

Y decimos aparentemente porque, en realidad, estos dos grupos de personas deben pertenecer previamente a otro colectivo que sería así el núcleo –aunque parcialmente oculto de todo este sistema de bonificación–; esto es, el de personas que hayan estado inscritas en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación y al que, como decimos, deben pertenecer jóvenes y mayores de 45 años para poder ser objeto de bonificación. De este modo desaparece igualmente la figura del desempleado de larga duración tal como era diseñado en la versión originaria de la Ley 43/2006 –esto es, como aquellos inscritos como desempleados ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos, seis meses– para, a mi juicio, con mucha más coherencia, dar mayor trascendencia a un criterio más amplio temporalmente que, además, no tenga en cuenta la posible existencia de contrataciones de escasa o muy corta duración que seguramente en poco modifican su empleabilidad<sup>304</sup> y exigir como requisito añadido y necesario otro rasgo que segmenta –aunque con distinta perspectiva– nuestro mercado de trabajo como es la edad.

Por ello, y como decimos, dentro de este colectivo de desempleados “habituales” tan sólo dos grupos serán subvencionados, y subvencionados especialmente si son mujeres: los mayores de 45 años y los jóvenes. Pero no todos los jóvenes además, sino tan sólo aquellos que mayores dificultades presentan en sus transiciones como son los que han abandonado prematuramente los estudios y que, por tanto, no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional<sup>305</sup>.

<sup>303</sup> En este mismo sentido J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en AAVV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (TOL1965.397) Tirant Lo Blanch, 2010, p. 4 del original impreso.

<sup>304</sup> Recuérdesse que en el art. 10 RDL 10/2010 de 16 de junio exigía simplemente la inscripción como desempleados al menos doce meses. Ahora esta exigencia se reclama en un cierto plazo de referencia, sin que en cambio quede claro si estos doce meses la situación de inscripción es, como creemos, de desempleado. En este mismo sentido J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en AAVV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (TOL1965.397) Tirant Lo Blanch, 2010, p.4. Sobre la situación durante el RDL 10/2010 F.J. Hierro Hierro, “Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p. 152 y ss.

<sup>305</sup> Destacando, no obstante, que dado lo alto de las tasas de abandono escolar no se trata de una restricción desproporcionada F.J. Hierro Hierro, “Las bonificaciones a la contratación como instru-

Además, la Disposición Derogatoria elimina igualmente el Plan Extraordinario para la contratación indefinida de trabajadores desempleados con responsabilidades familiares –anticipando tan sólo unos meses su decaimiento, previsto para el 31-12-2010– y derogando igualmente la posibilidad abierta por el RD 1975/2008 de que estos trabajadores pudieran acogerse a cualquier otra bonificación del art. 2 Ley 43/2006, transcurridos los dos años por el tiempo que le restase hasta la duración máxima de aquella, del mismo modo que también deroga la novedosa, en su momento, bonificación para trabajadores desempleados que estuvieran cobrando prestaciones por desempleo del art. 5 de la Ley 27/2009.

En cambio, las conversiones se mantienen ciertamente con una regulación similar, tanto en los contratos objeto de conversión bonificada –nuevamente formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación– con tres ligeros cambios. En primer lugar, que manteniéndose la misma bonificación anual –500€– esta se amplía ahora novedosamente en el caso de las mujeres en doscientos euros anuales más. La segunda que esta bonificación se reduce en un año –como en general sucede con las demás antes estudiadas<sup>306</sup>–, pasando de cuatro a tres años con el consiguiente ahorro económico<sup>307</sup>. Y la tercera, más esencial, que el ámbito de estas medidas queda limitado temporalmente al 31 de diciembre de 2011.

Con todo, esta última limitación no responde, al menos a mi juicio, a la misma motivación que presentaban limitaciones temporales similares de muchas de las más importantes medidas adoptadas por el RDL 2/2009 y posteriormente por la Ley 27/2009. Si en aquellas normas el elemento temporal era consecuencia de la entonces ilusionante y seguramente ilusa creencia en una escasa duración temporal de la crisis, en este caso la limitación temporal se justifica, al menos a mi juicio, por el deseo explícito, deducido de los diversos documentos antes mencionados, de evitar el normalmente mal envejecimiento de normas estrechamente conectadas con las concretas circunstancias del mercado de trabajo español. En definitiva, el legislador prevé la virtualidad de estas normas hasta un horizonte de poco más de un año. Más allá será ne-

mento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p. 153. En general, sobre esta conexión entre abandono prematuro del sistema escolar, desempleo y temporalidad, véase el interesante Informe del Área de Empleo y Relaciones Laborales de la Fundación 1 de mayo Jóvenes, *empleo y formación en España*, (coord. F. Rocha), disponible en <http://www.fsc.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99922/408843.pdf>.

<sup>306</sup> Como recuerda F.J. Hierro Hierro, “Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p.154, esta reducción es especialmente importante en los mayores de 45 años ya que se pasa de una bonificación durante toda la vigencia del contrato a una de sólo tres años.

<sup>307</sup> Véase J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en AAVV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (TOL1965.397) Tirant Lo Blanch, 2010; F.J. Hierro Hierro, “Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p. 153.

cesario estar no sólo al informe anual de evaluación de las bonificaciones a la contratación previsto en la DA 9 Ley 35/2010<sup>308</sup>, sino, y sobre todo, de la evaluación de las medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas que el gobierno, ex DA 12 Ley 35/2010, deberá realizar —obsérvese la fecha— con anterioridad al 31 de diciembre de 2011, incluyendo en dicha valoración un informe de evolución de impacto de género de las mismas<sup>309</sup>.

De esta forma se priva de estabilidad a una normativa que ciertamente la necesita para su efectividad —por problemas sobre todo de conocimiento por sus usuarios—, a cambio de una mayor eficiencia en el gasto público y, por tanto, una mayor equidad<sup>310</sup>.

Del mismo modo que en esta disyuntiva es igualmente evidente la drástica reducción de personas cuya contratación puede subvencionarse a través de la contratación indefinida. Ahora bien, si con esta medida y la reducción temporal de las bonificaciones seguramente se ha avanzado significativamente en una reducción de costes<sup>311</sup> —que podrían y deberían ser destinados a otras medidas de políticas activas—, no es menos cierto que esta simplificación no debe hacernos olvidar la subsistencia y conservación de una auténtica jungla de subvenciones que seguramente ocultan en parte el deseo de visualizar por el legislador fundamentalmente a estos dos colectivos de desempleados.

Es a mi juicio éste, uno de los apartados técnicamente más criticables de la Ley 35/2010. Y ello porque si bien en la precipitada —cuanto menos— redacción

<sup>308</sup> “El Gobierno presentará ante el Congreso de los Diputados un Informe Anual de Evaluación y seguimiento económico de las bonificaciones a la contratación con el fin de conocer la efectividad de la medida a fin de ajustar las políticas activas a la realidad del mercado laboral”.

<sup>309</sup> A la vista de dicha evaluación, y en función de la evolución del empleo durante 2010 y 2011, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, adoptará las medidas que correspondan sobre su prórroga o modificación. Obsérvese, con todo, que no es la única evaluación prevista. La Disposición adicional vigésima cuarta. Medidas dirigidas a favorecer las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad, de la Ley 35/2010 establece igualmente que 1. El Gobierno procederá en el plazo de doce meses, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, a la revisión del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo, así como a regular las cuestiones relacionadas con los supuestos de sucesión o subrogación empresarial que afecten a los trabajadores con discapacidad o a los centros especiales de empleo. 2. El Gobierno estudiará, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, las medidas oportunas para mejorar la empleabilidad de las personas con capacidad intelectual límite que no alcancen un grado de discapacidad mínimo del 33 por ciento.

<sup>310</sup> Considerando esta limitación como muy acertada, F.J. Hierro Hierro, “Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p.158.

<sup>311</sup> En este sentido J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en AAVV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas*

del RDL 10/2010 pudo optarse por una norma puntual, es bastante más criticable que en el detenido, aunque rápido proceso de tramitación parlamentaria, no se haya optado por intentar integrar en un solo cuerpo, de manera coherente, segura y fácilmente accesible toda esta normativa, sin que la distinta duración en la vigencia de cada precepto sea una excusa para la, a nuestro juicio, incorrecta técnica del legislador. A diferencia de la Ley 43/2006, que en su Capítulo I pretendió unificar la mayor parte de medidas de fomento del empleo, la Ley 35/2010 ha eludido claramente ese intento. Es más, lejos de intentar unificar, dotar de coherencia y seguridad jurídica la auténtica jungla normativa que aún hoy presentan este tipo de medidas, desperdigadas por un número excesivamente alto de preceptos, de cuya vigencia en ocasiones se duda, la Ley 35/2010 ha favorecido o incluso incrementado el mismo. El resultado es, como se observa, un incremento de una densidad y complejidad normativa que resulta contraproducente con unas medidas que deberían ser ante todo sencillas y simples, fácilmente comprensibles y seguras para unos usuarios que no son, evidentemente, expertos operadores jurídicos. Y ello aún más cuando el art. 10.7 Ley 35/2010 llama como derecho supletorio a la sección I de la Ley 43/2006<sup>312</sup> en cuyo contenido, en definitiva, hubiera podido integrarse sin mayor dificultad buena parte de esta normativa<sup>313</sup>.

En cualquier caso, esta apuesta por la complejidad y temporalidad derivada de lo que parece una clara opción por la equidad y la eficiencia en el gasto frente a la posible efectividad/simplicidad de la medida, es el marco en el que debe encuadrarse otra de las novedades del art. 10 Ley 35/2010: la exigencia de que las nuevas contrataciones o transformaciones —salvo las que se deriven de un contrato de relevo<sup>314</sup>—, supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la

*urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (TOL1965.397) Tirant Lo Blanch, 2010, p. 2 del documento de Internet impreso, destaca incluso este ahorro como la finalidad que más ha “pesado” en esta reforma.

<sup>312</sup> Salvo lo dispuesto en materia de exclusiones en su artículo 6.2. Obsérvese que esta remisión lo es también a la nueva redacción del art. 1.7 dada por la Ley 27/2009, de acuerdo con el cual “en todos los casos mencionados en este artículo, con excepción de los previstos en el apartado 3, cuando el contrato indefinido o temporal sea a tiempo parcial, la bonificación resultará de aplicar a las previstas en cada caso un porcentaje igual al de la jornada pactada en el contrato al que se le sumarán 30 puntos porcentuales, sin que en ningún caso pueda superar el 100 % de la cuantía prevista”.

<sup>313</sup> Una crítica igualmente a la técnica normativa del precepto en J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en AAVV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (TOL1965.397) Tirant Lo Blanch, 2010.

<sup>314</sup> En estos casos J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo...”, cit., reclama que el número de contratos indefinidos sea tras la conversión igual al resultado del cociente previsto en la nueva norma legal.

empresa<sup>315</sup>. Resulta evidente que esta norma se conecta con reglas tradicionales como las que en su momento establecía el art. 1.2 y art. 4. c) de la Ley 22/1992. Lo diferente con aquellas normas es que ahora es la propia Ley la que incorpora una compleja regla para comprobar esta condición<sup>316</sup>.

Sin poder entrar aquí en las innumerables cuestiones que seguramente planteará esta regla<sup>317</sup>, baste señalar que el proceso parte del cociente que resulte de dividir entre noventa el sumatorio de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación o transformación, excluyéndose, eso sí, los contratos indefinidos que se hubieran extinguido en dicho periodo por despido disciplinario –no, por tanto, por cualquier otro tipo de despido sea cual sea su calificación– declarado como procedente –o no declarado o reconocido como improcedente o nulo–, dimisión –art. 49.,1.d ET, sin incluir, por tanto, al menos a nuestro juicio, la debida a incumplimiento contractual del empleador–, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba.

Sin detenernos en su mayor o menor equidad –sobre todo si lo comparamos con las normas de referencia de la Ley 43/2006<sup>318</sup>–, lo que es evidente es que un mecanismo como el descrito podría privar de buena parte de su eficacia a esta medida, en especial para las PYMES que, como ya vimos, son las que más utilizaban estas medidas, y las que sin embargo menor capacidad de análisis tienen. De ahí la necesidad de sistemas informáticos como los que parece preveer la DF 3.2 Ley 35 y que permitirán un uso más seguro y sencillo que garantice de antemano la viabilidad de esta bonificación, especialmente para este tipo de microempresas.

<sup>315</sup> Lo que supone la inaplicación de la regla general establecida en el art. 6.2 de la Ley 43/2006 ex art. 10.7 Ley 35/2010.

<sup>316</sup> Literalmente “Para calcular dicho incremento, se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos en el periodo de los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa el sumatorio de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación o transformación. Se excluirán del cómputo los contratos indefinidos que se hubieran extinguido en dicho periodo por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba”.

<sup>317</sup> Una análisis de los primeros problemas en el interesante trabajo de D. Pérez del Prado, “Los incentivos económicos del empleo en la reforma laboral de 2010”, en AVVV., *La reforma laboral de 2010*, (dir. I. García-Perrote, J. Mercader) Lex Nova, 2010, p. 236.

<sup>318</sup> En este sentido J.M. Goerlich Peset, “Las reformas en materia...”, cit., considera estas reglas más razonables que la contenida en el art. 6.2 Ley 43/2006.

Y, obviamente, algo similar cabe sostener de la exigencia igualmente contemplada en la norma de mantener durante el periodo de duración de la bonificación del nivel de empleo fijo –obsérvese, no del más genérico nivel de empleo– alcanzado con la contratación o la transformación indefinida; una obligación que no se considerará incumplida si se producen extinciones de contratos indefinidos en dicho periodo por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba<sup>319</sup>. Por tanto, lo que se pide no es ya sólo conservar el específico contrato bonificado, sino el nivel de empleo “fijo” alcanzado. Por ello cuando la disminución se produzca, esta puede provenir de la extinción de un contrato subvencionado o no. En tales casos las empresas estarían obligadas a cubrir dichas vacantes en los dos meses siguientes a que se produzcan mediante la contratación de nuevos trabajadores con contrato indefinido o la transformación de contratos temporales o formativos en indefinidos, con la misma jornada de trabajo, al menos, que tuviera el trabajador cuyo contrato indefinido se hubiera extinguido. Puse bien, si el contrato extinguido correspondiese a uno de los bonificados, cuando la cobertura de dicha vacante se realice con un trabajador perteneciente a alguno de los colectivos de bonificación previstos en el mismo, este nuevo contrato dará derecho a la aplicación de la bonificación correspondiente al colectivo de que se trate durante el tiempo que reste desde la extinción del contrato hasta el cumplimiento de los tres años de bonificación de éste<sup>320</sup>. En caso contrario, parece por tanto que bastará cualquier conversión o estipulación de un contrato indefinido<sup>321</sup>. Finalmente obsérvese que el incumplimiento por parte de las empresas de estas obligaciones dará lugar –y esto es novedoso respecto a la Ley 43/2006– al reintegro de las bonificaciones aplicadas sobre los contratos bonificados afectados por el descenso del nivel de la plantilla fija que se alcanzó con esas contrataciones.

<sup>319</sup> Sobre algunas de estas causas cabe realizar las mismas observaciones realizadas anteriormente en relación con su cómputo o no para determinar el promedio de contratos indefinidos en los noventa días anteriores.

<sup>320</sup> Aclara en este punto la Ley 35/2010 frente al más parco tenor del RDL 10/2010 que se remitía simplemente a su desarrollo reglamentario.

<sup>321</sup> Sobre las consecuencias de realizar en este caso una contratación con uno de los colectivos subvencionados J.M. Goerlich Peset, “Las reformas en materia...”, cit., p. 8 de la impresión del documento, para quien en principio no se generaría bonificación al no suponer incremento de la plantilla indefinida.



Por lo demás, la norma es bastante continuista. Como en la Ley 43/2006 se ha optado claramente por seguir apoyando sólo la contratación indefinida<sup>322</sup>. Y como en 2006, se ha decidido mantener la subvención en una cantidad fija y no proporcional al salario del trabajador, conscientes de que esta articulación seguramente favorece más a los trabajadores menos cualificados, con menor salario y con menor empleabilidad. Y finalmente, y como la Ley 43/2006, las nuevas normas siguen estableciendo cuantías idénticas y unitarias para el conjunto del Estado a pesar de que, evidentemente, la situación territorial de estos, como los demás colectivos no es idéntica. En este punto, la norma no ha avanzado nada en un proceso de articulación o graduación territorial de las medidas de fomento, de la misma manera que tampoco ha avanzado nada en el proceso de coordinación con las políticas autonómicas que, no obstante, seguramente tomarán nota de esta nuevo diseño de las bonificaciones estatales.

En cambio lo que sí parece interesante –y se sitúa nuevamente en la línea ya propugnada por algunos de los documentos citados con anterioridad– es que “los trabajadores contratados al amparo de este artículo serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, al objeto de incrementar su cualificación profesional”<sup>323</sup>. Cuestión distinta es la aplicación real y las consecuencias de esta medida para la empleabilidad de estos colectivos. Pero esa es ya, obviamente, otra cuestión.

---

<sup>322</sup> Ordinaria o de fomento del empleo J.M. Goerlich Peset “Las reformas en materia de empleo tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en AAVV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (TOL1965.397) Tirant Lo Blanch, 2010, p. 6.

<sup>323</sup> Una medida esta complementada –o que seguramente se solapa– con la prevista en la DA 4 Ley 35/2010 de acuerdo con la cual “se procederá a la elaboración de planes específicos de formación profesional que contribuyan a la incorporación de estos colectivos al mercado de trabajo”.